

DER UNLAUTERE WETTBEWERB NACH SPANISCHEM RECHT

Eine entwicklungsgeschichtliche und systematische
Darstellung mit Hinweisen auf das deutsche Recht

Inaugural - Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte

durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt von

Uwe Volker Krömer

Münster

1984

DER UNLAUTERE WETTBEWERB NACH SPANISCHEM RECHT

**Eine entwicklungsgeschichtliche und systematische
Darstellung mit Hinweisen auf das deutsche Recht**

Inaugural - Dissertation

**zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte**

**durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster**

vorgelegt von

Uwe Volker Krömer

Münster

1984

DER UNLAUTERE WETTBEWERB NACH SPANISCHEM RECHT

Eine entwicklungsrechtliche und systematische
Darstellung mit Hinweis auf das deutsche Recht

Inaugural - Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte

durch den Kandidaten Rechtsanwalt
der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

Erstgutachter: Professor Dr. Werner Knopp
Zweitgutachter: Professor Dr. Otto Sandrock
Dekan: Professor Dr. Bernhard Großfeld
Tag der mündlichen Prüfung: 9. Februar 1984

1984

Meiner geliebten Frau Elke
und meiner Tochter Elena

Zu besonderem Dank bin ich verpflichtet:

Prof. Dr. Erich Kordtt, Düsseldorf
Sr. D. José Palau-Ribes, Barcelona
Prof. Dr. Enrique Ruiz Vadillo, Madrid

Inhaltsverzeichnis

Seite

ERSTER TEIL

Allgemeine Grundlagen: Wettbewerb und Wirtschaftsordnung	1
I. Begriff des Wettbewerbs	1
II. Bestehen und rechtliche Regelung des Wettbewerbs unter dem Einfluß der jeweiligen Wirtschaftsordnung	4
1. Allgemeines	4
a) Die freie Marktwirtschaft	5
b) Die staatliche Planwirtschaft	7
c) Die Wirtschaftsordnung als theoretisches Modell	7
2. Einfluß der Wirtschaftsordnung auf das Bestehen des Wettbewerbs	8
a) Einflußnahme des Staates	8
b) Einfluß der Wirtschaftssubjekte	9
c) Einfluß der Eigentumsordnung	10
3. Einfluß der Wirtschaftsordnung auf die rechtliche Regelung des Wettbewerbs	11

ZWEITER TEIL

Wirtschaftsordnung und Wirtschaftsverfassung	15
I. Bestimmung der wirtschaftspolitischen Konzeption	15
1. Die Frage nach den Planträgern	15
2. Die Regelung der Planungskompetenz	16
3. Die Koordination der Wirtschaftspläne	16
II. Die Ordnungsprinzipien der spanischen Wirtschaft unter dem Einfluß verfassungsrechtlicher Grundnormen	17
1. Die Wirtschaftspolitik im allgemeinen	17
a) Die Entwicklung bis 1935	17
b) Das Programm der FALANGE	18
c) Die Zeit des Interventionismus	21
d) Die Wende in der spanischen Wirtschaftspolitik	26
e) Die neueste Wirtschaftspolitik im Zeichen einer Koordination wirtschaftlicher Maßnahmen, Integrationsbemühungen und Schaffung einer Wettbewerbsordnung	28
2. Grundnormen und Prinzipien der Wirtschaftsverfassung	32
a) Existenz der Wirtschaftsverfassung	32
b) Die spanischen Grundgesetze bis 1978	33
c) Wirtschaftsverfassungsrechtliche Prinzipien	35

	Seite
aa) Verhältnis. Staat - Private	35
bb) Wirtschaftliche Betätigung der Privaten	37
d) Der Wettbewerb unter dem Einfluß von Wirtschaftsordnung und Verfassungsverfassung	40
3. Die Verfassung von 1978 und ihr wirtschaftsverfassungsrechtlicher Inhalt	42
a) Allgemeine Grundsätze	42
b) Die Eigentumsordnung	43
c) Die Marktwirtschaft als Verfassungsprinzip	44
DRITTER TEIL	
Die rechtliche Regelung des Wettbewerbs	49
I. Allgemeines	49
II. Die Wettbewerbsrechte	52
1. Das Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen	52
2. Das Recht gegen unlauteren Wettbewerb	54
3. Das Verhältnis zwischen dem Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen und dem Recht gegen den unlauteren Wettbewerb	62
VIERTER TEIL	
Das gegenwärtige spanische Recht des unlauteren Wettbewerbs	73
I. Die gesetzliche Regelung unlauteren Wettbewerbs	73
1. Normenvielfalt und fehlende Gesamtkodifizierung	73
2. Normen, die Sachverhalte unlauteren Wettbewerbs betreffen	75
3. Normen, die eine Rechtsfolge anordnen	77
II. Die Grundlage des spanischen Rechts gegen unlauteren Wettbewerb: Art. 131 und 132 LPI	78
1. Die Systematik des Gesetzes	78
2. Das Verhältnis der Einzeltatbestände zur Generalklausel	80
a) Definition nach dem Wortlaut des Gesetzes	81
b) Die herrschende Meinung zum Verhältnis der Art. 131 und 132 LPI zueinander	85
3. Die Generalklausel, Art. 131	92
a) Allgemeines	92
b) Handlung zu Zwecken des Wettbewerbs	93
c) Beziehung zur Kundschaft - Schutzobjekt des Wettbewerbsrechts	94

	Seite
d) Unlauterkeit der Handlung	100
aa) Der Wortlaut des Gesetzes	100
bb) Verbotener und unlauterer Wettbewerb	101
cc) Abgrenzung nach Art. 10 PVÜ	103
dd) Abgrenzung nach Art. 10 E. Pub.	104
e) Möglichkeit eines Schadenseintritts	105
f) Notwendigkeit der Registrierung eines Rechts- guts des gewerblichen Eigentums	106
4. Die Tatbestände des Art. 132 LPI	110
a) Allgemeines	110
b) Einteilung der Tatbestände	113
aa) Hervorrufung von Verwechslungsgefahr - Aus- nutzung fremden Rufs -	115
1. Allgemeines	115
2. Art. 132, Buchstabe a	116
3. Art. 132, Buchstabe b	117
4. Art. 132, Buchstabe c	117
5. Artikel 132, Buchstabe f	118
6. Artikel 132, Buchstabe g	118
7. Artikel 132 c, f und g und die Herkunfts- angaben	119
bb) Fälle der Rufzerstörung	122
1. Allgemeines	122
2. Art. 132, Buchstabe d	123
3. Artikel 132, Buchstabe e	125
III. Unlauterer Wettbewerb in Form von Werbung: Das 'ESTATUTO DE LA PUBLICIDAD'	127
1. Allgemeines	127
2. Werbung als eine Form des Wettbewerbs	128
3. Das neue geschützte Rechtsgut: der Verbraucher	131
4. Die rechtliche Regelung der Werbung im Statut von 1964	133
a) Allgemeines	133
b) Begriffsbestimmung der Werbung, Art. 2	133
c) Die Grundprinzipien der Werbung	136
5. Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit - el principio de legalidad, Art. 7	137

	Seite
6. Der Grundsatz der Wahrheit - el principio de veracidad, Art. 8	138
a) Begriffliche Abgrenzung	139
b) Die einzelnen Tatbestandsmerkmale	140
aa) Art und Weise der Werbung	140
bb) Exakte Angaben, keine Tatsachenverdrehung oder Irrtumserregung	141
cc) Vorsatz des Werbenden - Wertung der Verbraucher	142
dd) Beweis der Täuschung	143
7. Grundsatz der Authentizität - principio de autenticidad, Art. 9	144
8. Grundsatz des freien Wettbewerbs - principio de libre competencia, Art. 10	145
a) Begriffsbestimmung nach Abs. 1	145
b) Unlautere Werbung nach Abs. 2	147
aa) Hervorrufen von Verwechslung	147
bb) Handlungen der Rufzerstörung	148
cc) Die vergleichende und persönliche Werbung	150
dd) Verstoß der Werbung gegen Anstand und gute Sitten	155
 FÜNFTER TEIL	
Die Sanktionen und ihre Durchsetzung	156
I. Allgemeines	156
II. Strafrechtliche Verantwortlichkeit - Zivilrechtliche Haftung	159
III. Strafrechtliche Sanktion nach dem Gesetz von 1902	160
IV. Zivilrechtliche Sanktionen nach dem Gesetz von 1902	162
1. Tatbestandsmerkmale	163
a) acción - omision	163
b) daño	164
c) culpa o negligencia	164
2. Zusammenfassung: Rechtsschutz nach Gesetz von 1902	164
V. Rechtsschutz nach dem E. Pub.	166
1. Allgemeines	166
2. Überwachung und Schutz durch die Verwaltung - la via administrativa	166

	Seite
3. Rechtsschutz durch die Gerichte - La via judicial	168
a) Strafrechtlicher Schutz	168
b) Zivilrechtlicher Schutz	169
4. Schutz vor unlauterem Wettbewerb im Rahmen freiwilliger Selbstkontrolle	170
a) Allgemeines	170
b) Selbstdisziplin in der Werbung durch "Autocontrol de la Publicidad, S.A."	172
aa) Rechtliche Abgrenzung der 'autoregulación'	172
bb) Eigenschaften und Ziele der 'Autocontrol'	174
cc) Auswirkungen auf den Schutz des Verbrauchers und des Unternehmers	177

SECHSTER TEIL

Zusammenfassung und Ergebnis der Untersuchung	178
I. Unlauterer Wettbewerb nach spanischem Recht	178
II. Rechtsanwendung und Kollisionsrecht	180

Abkürzungsverzeichnis

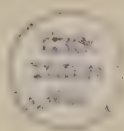
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
ADI	Actas del Derecho Industrial
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
Bd.	Band
bes.	besonders
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshof in Zivilsachen (Amtliche Sammlung)
B.O.E.	Boletín Oficial del Estado (Amtliches Gesetzesblatt)
Buchst.	Buchstabe
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
CC	Código Civil, Zivilgesetzbuch
CCom	Código de Comercio, Handelsgesetzbuch
CP	Código Penal, Strafgesetzbuch
ders.	derselbe
dgl.	dergleichen
d.h.	das heißt
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
dto.	dito
EPI	Estatuto de Propiedad Industrial
ff.	folgende
Fußn.	Fußnote
gegr.	gegründet
gem.	gemäß
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheber- recht
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheber- recht, Internationaler Teil
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HandwO	Handwerksordnung

HDSW	Handwörterbuch der Sozialwissenschaften
h.L.	herrschende Lehre
Hrsg.	Herausgeber
insbes.	insbesondere
IPR	Internationales Privatrecht
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
i.S.d.	im Sinne des
i.V.m.	in Verbindung mit
Lit.	Literatur
LPI	Ley de Propiedad Industrial
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
ORDO	Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft
PP	Puntos Programaticos, Parteiprogramm der Falange
RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und inter- nationales Privatrecht
RDM	Revista de Derecho Mercantil
Rdnr.	Randnummer
RDP	Revista de Derecho Privado
Rdz.	Randziffer
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite
sog.	sogenannt
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
u.a.	unter anderem
usw.	und so weiter
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
vgl.	vergleiche
WiR	Wirtschaftsrecht
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
WZG	Warenzeichengesetz
z.B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
z.T.	zum Teil

L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s

- ALBRECHT, Uwe Kontrolle der Werbung,
in: ZRP 1974, S. 32 ff.
- AMOR FERNANDEZ, Antonio "La Propiedad Industrial en el Derecho
internacional",
Madrid 1965
- AUNÓS PEREZ, Antonio Las problemas de la producción en el
Orden Nuevo - Ideario - político - social,
Barcelona 1941
- BADURA, Peter Wirtschaftsverfassung und Wirtschafts-
verwaltung, Ein exemplarischer Leitfaden,
Frankfurt 1971, S. 57 ff.
- BADURA, Peter Die Verfassung als Auftrag, Richtlinie
und Grenzen der wirtschafts- und arbeits-
politischen Gesetzgebung,
WiR 1974, 1 ff. (2)
- BALLERSTEDT, Kurt Wirtschaftsverfassungsrecht,
in: Die Grundrechte, Bd. III, 1. Halbband,
Berlin 1958, S. 1 ff.
- BARBERO SANTOS, Marino La reforma penal - cuatro cuestiones
fundamentales,
Madrid 1982
- BAUMBACH-HEFERMEHL Wettbewerbsrecht,
12. Aufl., München 1978
- BAYLOS CORROZA, Hermenegildo Tratado de Derecho Industrial,
Madrid 1978
- BEIER, Friedrich-Karl Täuschende Reklame und Schutz der geogra-
phischen Herkunftsangaben,
in: Estudios Jurídicos en Homenaje a
Joaquin Garrigues, II. Madrid 1971
- BENDA, Ernst Die aktuellen Ziele der Wirtschaftspolitik
und die tragenden Grundsätze der Wirt-
schaftsverfassung,
in: NJW 1967, 849 ff.
- BISKUP, Reinhold "Spanien und die Europäischen Gemein-
schaften",
Bern, Stuttgart 1982
- DÜRR, Ernst
GARCÍA, ECHEVARRÍA
BRANDMAIR, Lothar Die freiwillige Selbstkontrolle in der
Werbung,
Köln, Berlin, Bonn, München 1978
- BRÖSSE, Ulrich Wirtschaftsordnung und Arbeitsrecht in
Spanien,
Stuttgart 1965
- BUSINESS INTERNATIONAL,
S.A. Spain - in transition, Patterns of
growth - 1968-71,
Genf 1968

- CABANILLAS GALLAS, Pio Principios Jurídicos de la Publicidad Española, Madrid 1967
- CALDERÓN GONZÁLEZ, Jesus Maria Los delitos socio - económicos en el proyecto de código español, in: Anuario de la Escuela Judicial, Madrid 1980, S. 73 ff.
- CALLMANN, Rudolf Der unlautere Wettbewerb, Mannheim-Berlin - Leipzig 1932
- CANDELA MARTÍNEZ, Antonio El orden de leyes fundamentales de España desde la perspectiva de la Ley de Sucesión, Revista de Estudios Políticos, Madrid 1953, Nr. 69, S. 41 ff.
- CARLON, Luis Contribucion al estudio del nombre comercial, RDM 1964, S. 269 ff.
- DÍAZ VELASCO, Manuel Propiedad Industrial, Jurisprudencia comentada, Delitos contra la propiedad industrial, in: RDM 1946, S. 117 ff.
- DÍAZ VELASCO, Manuel Notas para el estudio de la competencia ilícita, RDM 1946, S. 453 ff.
- DÍAZ VELASCO, Manuel Diccionario de Derecho Privado, TOMO I A-F, 2. reimpression, 1961, S. 1017ff
- DE LA CUESTA RUTE, José Regimen Juridico de la Publicidad, Madrid 1974
- DUQUE, Justino F. Iniciativa privada y empresa, en la obra colectiva: Constitución y economía, Hrsg.: Centro de Estudios y Comunicación Económica, Madrid 1977, S. 52
- EICHMANN, Helmut Die vergleichende Werbung in Theorie und Praxis, Köln 1967
- EUCKEN, Walter "Die Wettbewerbsordnung und ihre Verwirklichung", in: ORDO, Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft, 2. Bd., 1949
- EUCKEN, Walter Die Grundlagen der Nationalökonomie, 7. Aufl., Berlin-Göttingen-Heidelberg 1959
- EUCKEN, Walter Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 3. Aufl., Tübingen-Zürich 1960
- FERNÁNDEZ CONDE, Jaime La competencia ilícita en la legislación y jurisprudencia española, Madrid 1936



- FERNÁNDEZ-NÓVOA, Carlos Reflexiones preliminares sobre la empresa y sus problemas juridicos, RDM 1965, S. 8 ff.
- FERNÁNDEZ-NÓVOA, Carlos Die Entstehung des Markenrechts, insbesondere nach spanischem Recht, GRUR 68, 228 ff.
- FERNÁNDEZ-NÓVOA, Carlos La interpretación juridica de las expresiones publicitarias, RDM 1968, S. 13 ff.
- FERNÁNDEZ-NÓVOA, Carlos La protección internacional de las denominaciones geograficasde los productos, Madrid 1970
- FERNÁNDEZ-NÓVOA, Carlos La publicidad de tono estrictamente personal, in: Estudios Juridicos en Homenaje a Joaquin Garrigues I, Madrid 1971, S. 115 ff.
- FERNÁNDEZ-NÓVOA, Carlos La comparación publicitaria de sistemas económicos, ADI 1974, 31 ff.
- FERNÁNDEZ-NÓVOA, Carlos "La sujeción de las expresiones publicitarias al principio de veracidad", in: ADI 1975, 369 ff.
- FERNÁNDEZ-NÓVOA, Carlos "La publicidad comparativa", in: ADI 1977, S. 25 ff.
- FERNÁNDEZ RUIZ, Jose Luis La acción de resarcimiento de danos y perjuicios en la ley de represion de la competencia, in: Estudios Juridicos en Homenaje a Joaquin Garrigues, Madrid 1971, S. 239 ff.
- FIKENTSCHER, Wolfgang Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, München 1958
- FIKENTSCHER, Wolfgang Das Verhältnis von Kartellrecht und Recht des unlauteren Wettbewerbs, GRUR Int. 1966, 181 ff.
- FISCHER, Klaus Bernd Spanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, Heidelberg 1983
- FONT GALAN, Juan Ignacio Competencia desleal y practicas prohibidas en el marco de la ley de practicas restrictivas de la competencia, RDM 1977, S. 519 ff.
- FONT GALAN, Juan Ignacio "Notas sobre el modelo económico de la Constitución española de 1978", in: RDM 1979, S. 205 ff.
- FRANCQ, Bernard "Die vergleichende Werbung", in: GRUR Int. 1977, S. 93 ff.

- FUENTES IRUROZQUI, Manuel Economía y Publicidad,
in: La publicidad y sus fundamentos
científicos, Madrid 1966
- GARCIA-ECHEVARRÍA, Santiago "Wirtschaftsentwicklung Spaniens unter dem
Einfluß der Europäischen Integration"
(mit bes. Berücksichtigung des gemeinsamen
Marktes),
Köln, Opladen 1964
- GARCIA-PELAYO, Manuel "Consideraciones sobre las cláusulas
económicas de la constitución",
in: Estudios sobre la Constitución
española de 1978, Zaragoza 1979, S. 29 ff.
- GARRIGUES, Joaquin Trabado de Derecho Mercantil,
TOMO I, vol. 1, Madrid 1947
- GARRIGUES, Joaquin "Tratado de Derecho Mercantil",
TOMO III, vol. 1, Obligaciones y contratos
mercantiles, Madrid 1964
- GARRIGUES, Joaquin La defensa de la competencia mercantil -
cuatro conferencias sobre la ley española
de 20.7.63,
Madrid 1964
- GARRIGUES, Joaquin Publicidad y competencia ilícita,
in: La Publicidad y sus fundamentos
científicos, Madrid 1966
- GARRIGUES, Joaquin Curso de Derecho Mercantil,
Madrid 1968
- GARRIGUES, Joaquin "La propiedad industrial y la empresa",
in: ADI 1977, S. 13 ff.
- GIRÓN TENA, José Estudios de Derecho Mercantil,
Madrid 1955, S. 368
- GODIN, von Hans Zum Begriff des "Wettbewerbs",
GRUR 1965, 288 ff.
- GÖRGENS, Egon "Wettbewerb und Wirtschaftswachstum",
Freiburg 1969
- GÓMEZ SEGADÉ, José La autodisciplina publicitaria en el
derecho comparado y en el derecho español,
in: ADI 1981, S. 31 ff.
- GÓMEZ SEGADÉ, José "La protección de los consumidores en
España",
in: ADI 1981, S. 471 ff.
- VON HIPPEL, Eike Kontrolle der Werbung,
in: ZRP 1973, S. 177 ff.
- HUBER, Ernst-Rudolf Wirtschaftsverwaltungsrecht,
Bd. I und II, Tübingen 1953/1954
- HUBER, Ernst-Rudolf Der Streit um das Wirtschaftsverfassungs-
recht,
DÖV 1956, S. 97

- HUBMANN, Heinrich Das Recht am Unternehmen,
ZHR 117 (1955), 41 ff.
- HUBMANN, Heinrich Gewerblicher Rechtsschutz,
München 1981
- HOPPMANN, Erich Wettbewerb als Norm der Wettbewerbspoli-
tik,
ORDO XVIII, S. 77 ff.
- KATZENBERGER, Paul "Recht am Unternehmen und unlauterer Wett-
bewerb",
München 1967
- KNÖPFLE, Robert "Der Rechtsbegriff 'Wettbewerb' und die
Realität des Wirtschaftslebens",
Köln-Berlin-Bonn-München 1966
- KOENIGS, Folkmar Wechselwirkung zwischen GWB und UWG,
NJW 1961, 1041 ff.
- KÖRBER, Karl-Otto "Ordnungspolitische Probleme der spani-
schen Wirtschaftspolitik" (vom Bürgerkrieg
bis zum ersten Entwicklungsplan 1936-1964),
Köln, Berlin, Bonn, München 1965
- KUNZ, Hans Peter Zur Reform des spanischen Patentrechts,
GRUR Int. 1970, S. 267 ff.
- LEMA DEVESA, Carlos "En torno a la Publicidad Engañosa",
in: ADI 1977, 293 ff.
- LEMA DEVESA, Carlos "La regulación de la publicidad engañosa
y desleal en el marco de la CEE",
in: ADI 1977, S. 601 ff.
- LEMA DEVESA, Carlos "La exageración publicitaria en el
Derecho español",
in: ADI 1978, S. 263 ff.
- LEMA DEVESA, Carlos Nuevas perspectivas del derecho europeo
de la publicidad,
in: ADI 1979-80, S. 75 ff.
- LOBEDANZ, Eler Schadensausgleich bei Straftaten in Spa-
nien und Lateinamerika,
Frankfurt 1972
- LÓPEZ RODÓ, Luis Objetivo y estructura del Plande
Desarrollo Económico,
in: Información Comercial Española, März
1963, S. 81 ff.
- MARKERT, Kurt Das spanische Gesetz gegen Wettbewerbsbe-
schränkungen,
in: WuW 1964, S. 841 ff.
- MASCAREÑAS, Carlos-E. "Los delitos contra la propiedad indu-
strial",
Barcelona 1960

- | | |
|--------------------------------|--|
| MACHLUP, Fritz | Wettbewerb (wirtschaftstheoretische Betrachtung),
in: HDSW, Bd. 12, S. 36 ff. |
| MÉNDEZ DE VIGO, Antonio | Propiedad Industrial,
Madrid 1946 |
| MEYER-CORDING, Ulrich | "Die Grundbegriffe des Wettbewerbsrechts",
WuW 1962, 461 ff. |
| MÖHRING, Philipp | Wettbewerbsordnung und Kartellrecht,
WuW 1954, 387 ff. |
| MONTERO PALACIOS,
Francisco | "Propiedad Industrial",
Madrid 1961 |
| MÜLLER-ARMACK, Alfred | Genealogie der Wirtschaftsstile,
Stuttgart 1944,
wieder abgedruckt in: Müller-Armack:
Religion und Wirtschaft, Stuttgart 1959,
S. 46 ff. |
| MUÑOZ, C. | El Monopolio en la Industria Eléctrica,
Madrid 1954 |
| MUÑOZ CONDE, Francisco | Derecho Penal - parte Especial,
Sevilla 1982 |
| NAVAS, José Maria | Concordancias,
in: Ferrara, Teoría jurídica de la
hacienda mercantil, Madrid 1950, S. 331 ff. |
| NERRETER, Paul | Allgemeine Grundlagen eines deutschen
Wettbewerbsrechts,
Berlin 1936 |
| NIPPERDEY, Hans Carl | Wettbewerb und Existenzvernichtung,
Berlin 1930 |
| NORDEMANN, Wilhelm | Wettbewerbsrecht,
Bonn 1978 |
| OCHEL, Wolfgang | "Die Strategie der Entwicklungspolitik
Spaniens unter Zugrundelegung des Ent-
wicklungsplanes 1964-1967",
Diss. Kiel 1971 |
| OTERO LASTRES, José
Manuel | "La protección de los consumidores contra
la publicidad ilícita",
in: ADI 1977, S. 113 ff. |
| PARIS EGUILAZ, Higinio | "Diez años de política económica en
España 1939-1949,
Madrid 1949 |
| PARIS EGUILAZ, Higinio | "Staatsintervention und Wettbewerb in der
spanischen Wirtschaft",
in: Wirtschaftssysteme des Westens",
vol. I (Hrsg. Rudolf Frei), Basel 1957 |

- PELLA RAMÓN Jurisprudencia de Propiedad Industrial,
PEDEMONTE, Jorge 1902-1962, Barcelona 1963,
1962-1967 vol. 1, Barcelona 1972,
vol. 2, Barcelona 1972
- PELLICER VALERO, Jesus- "Las practicas abusivas",
Augustin RDM 1967, S. 339 ff.
- PÉREZ RUIZ, Martin "El mensaje publicitario y sus lenguajes",
Madrid 1979
- PHILIPS, Louis "Reducciones arancelarias y competencia",
Bilbao 1964
- PINNER, H.L. World Unfair Competition Law,
An encyclopedia, 2. Bde., Leyden-Brüssel
1965
- PRIMO DE RIVERA, José Obras completas - Recopilación y
Antonio ordenación de los textos originales por
A. del Rio Cisneras y E. Conde Gargollo,
Madrid 1942
- Puntos Programáticos de Falange Española Tradicionalista y de
las J.O.N.S.,
in: Temas españolas Nr. 60 = Leyes
fundamentales del Reino, 4. Aufl., Madrid
1959, S. 22 ff.
- QUINTANO RIPOLLÉS, Tratado de la parte especial del Derecho
Antonio Penal,
III, Madrid 1965
- QUINTANO RIPOLLÉS, Comentarios al Código Penal,
Antonio Madrid 1966
- REICH, Norbert Zivilrechtstheorie, Sozialwissenschaften
und Verbraucherschutz,
in: ZRP 1974, S. 187 ff.
- RINCK, Gerd Wirtschaftsrecht, Wirtschaftsverwaltung,
Wettbewerbs- und Kartellrecht,
Köln, Berlin, Bonn, München 1972
- RODRIGUEZ DEVESA, José Derecho penal español - parte general,
Maria Madrid 1981
- ROJO FERNANDEZ-RIO, Angel "Probleme der Wirtschaftsverfassung und
der Unternehmensverfassung Spaniens vor
dem Beitritt zu den Europäischen Gemein-
schaften",
in: Spanien und die Europäischen Gemein-
schaften, Bern, Stuttgart 1982
- RÖPKE, Wilhelm Wettbewerb (II),
in: HDSW, Stuttgart, Tübingen, Göttingen
1962, S. 29 ff.
- ROSELLÓ Y GÓMEZ, Antonio La propiedad industrial y las leyes que
la regulan,
Palma de Mallorca 1907

- ROTONDI, Mario Das Avviamento als das Schutzobjekt der Klage aus unlauterem Wettbewerb und als Kriterium für die Einteilung der unlauteren Wettbewerbshandlungen, GRUR Int. 1956, 531 ff.
- RUIZ VADILLO, Enrique Naturaleza y efectos de los principios generales jurídicos de la publicidad en el estatuto de 11 de junio de 1964, in: Estudios de Derecho Civil en honor del Prof. Castan TOBENAS, tomo III, Pamplona 1969, S. 481 ff.
- RUIZ VADILLO, Enrique Derecho Civil, Bilbao 1973-74
- RUIZ VADILLO, Enrique Las delitos contra el orden socio - económico, in: Anuario de la Escuela Judicial, Madrid 1980, S. 201 ff.
- SÁNCHEZ, R. Necesidad de una política intervencionista, in: Información Comercial Española, Sondernummer zum 2. Jahrestag der Republik, Madrid 1933, S. 7 f.
- SÁNCHEZ CALERO, Fernando Las costumbres de probidad en la competencia y los secretos industriales, in: Anales de Moral Social y Económica, vol. 12, Madrid 1966, S. 109 ff.
- SÁNCHEZ CALERO, Fernando Instituciones de Derecho Mercantil, Valladolid 1978
- SANTAELLA, Manuel Introducción al Derecho de la Publicidad, Madrid 1982
- SENEN DE LA FUENTE, Guillermo "Comentario a la ley española sobre represión de las prácticas restrictivas de la competencia, Madrid 1964
- SIERRA, F. La concentración económica en las industrias básicas españolas, Madrid 1953
- SIMITIS, Konstantin Verbraucherschutz - Schlagwort oder Rechtsprinzip? Baden-Baden 1976
- SLABÝ, Rodolfo/GROSS-MANN, Rudolf Diccionario de las lenguas española y alemana, Wiesbaden 1969
- SCHEUNER, Ulrich Die staatliche Einwirkung auf die Wirtschaft (wirtschaftsrechtliche Aufsätze 1946-1970), Bonn/Frankfurt 1971
- SCHMITZ, G. Werner Der Wettbewerbsbegriff im Kartellrecht, NJW 1961, 2089 ff.

- SCHNEIDER, Erich Einführung in die Wirtschaftstheorie,
1. Teil, 10. Aufl., Tübingen 1963
- SCHNEIDAWIND, Detlef H. "Die Belastbarkeit des Wettbewerbs durch
die staatliche Wirtschaftspolitik",
in: Mitarbeiterfestschrift für Ulmer,
Köln, Berlin, Bonn, München 1973,
S. 565 ff.
- SCHRAMM, Carl Allgemeine Grundlagen eines deutschen
Marktordnungsrechts,
GRUR 1937, 433 ff.
- SCHRICKER, Gerhard Unlauterer Wettbewerb und Schutz der Ver-
braucher,
in: Estudios Juridicos en Homenaje a
Joaquin Garrigues, III, Madrid 1971
- SCHRICKER, Gerhard "Wettbewerbsrechtliche Aspekte des Ver-
braucherschutzes",
in: RabelsZ 1976, S. 535 ff.
- SCHRICKER, Gerhard Verbraucherschutzrecht - ein neues Rechts-
gebiet?
GRUR Int. 1976, S. 315 ff.
- STAMPA BRAUN, José Maria La reforma del Derecho penal económica
español,
Hrsg.: Instituto de Estudios Económicos,
Madrid 1980
- STERN, Klaus Gedanken über den wirtschaftslenkenden
Staat aus verfassungsrechtlicher Sicht,
DÖV 1961, S. 325 ff.
- TAMAMES, Ramón "La lucha contra los monopolios",
3. ed., Madrid 1970
- TAMAMES, Ramón "España, entre la economía de mercado y
la planificación",
en "España, sin ir mas lejos",
Barcelona 1982
- ULMER, Eugen Aus dem Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht,
Rechtsfragen der Nachkriegszeit,
GRUR 1951, 355 ff.
- ULMER, Eugen Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in
den Mitgliedstaaten der Europäischen Wirt-
schaftsgemeinschaft,
Bd. I: vergleichende Darstellung, Köln
1965
- ULMER-REIMER Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in
den Mitgliedstaaten der Europäischen
Wirtschaftsgemeinschaft,
Bd. III, Deutschland, Köln 1968
- URÍA, Rodrigo "Derecho Mercantil",
Madrid 1982

- URQUIJO DE LA PUENTE, José Luis La excesiva fragmentación de las empresas españolas y sus problemas ante un mercado competitivo,
in: Boletín de Estudios Económicos, Jannar-Abril 1960, S. 7 ff.
- VENTALLÓ VERGÈS, Luis G./Legislación y Economía de la Empresa,
SCHOP SANTOS, Ernesto Tomo I, 2. Aufl., Barcelona 1970
- VICENS VIVES, Jaime Manual de historia económica de España, Barcelona 1959
- VICENTE ALMELA, Angusto Algunas consideraciones sobre la competencia ilícita y el artículo 1902 del Código Civil, "Revista general de Legislación y Jurisprudencia, Madrid 1945, S. 59 ff.
- WIESE VON, Leopold Wettbewerb, Soziologische Einordnung, in: HDSW, Bd. 12, 25 ff.
- WÜRDINGER, Hans Freiheit der persönlichen Entfaltung, Kartell- und Wettbewerbsrecht, WuW 1953, 721 ff.
- XIFRA HERAS, Jorge Las leyes fundamentales, in: Instituto de Estudios Políticos (Hrsg.): El nuevo Estado español - Veinticinco años de movimiento nacional 1936-1961, Madrid 1961, S. 201 ff.

ERSTER TEIL

Allgemeine Grundlagen: Wettbewerb und Wirtschaftsordnung

I. Begriff des Wettbewerbs

Für den Umlauf und Austausch von Gütern ist der Wettbewerb von solcher Bedeutung, daß man ihn geradezu als die Seele des Wirtschaftslebens bezeichnen kann. Die Grenzen des Wettbewerbs sind dabei so vielfältig wie die Wirtschaftssysteme und die ihnen angepaßten Rechtsordnungen. Sie sind weiter gezogen, je mehr sich eine Wirtschaftsordnung dem absoluten wirtschaftlichen Liberalismus nähert, und enger dort, wo die Wirtschaft vom Staat gelenkt wird. Ohne Wettbewerb vermag jedoch weder der offene noch der gelenkte Markt zu existieren. Der Wettbewerb bleibt in jedem System grundlegend und unersetzbar.

Trotz dieser Bedeutung des Wettbewerbs und der vielseitigen Beachtung, die dem "Wettbewerb" zuteil wird, findet sich weder in Gesetzen ¹⁾ - soweit der Begriff in ihnen verwendet wird - noch

1) Vgl. hierzu den schriftlichen Bericht des wirtschaftspolitischen Ausschusses des Bundestages über den Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen zu Drucksache 3644, I, E, III, worin es heißt, daß er den Wettbewerb weder definieren könne noch wolle; siehe auch HOPPMANN, ORDO XVIII, S. 77 ff.; KNÖPFLE, S. 4; dies gilt auch für die spanische Gesetzgebung, vgl. dazu: AMOR FERNÁNDEZ, S. 194; GARRIGUES, La defensa, S. 11; TAMAMES, La lucha, S. 245.

im Schrifttum ²⁾ eine eindeutige Begriffsbestimmung.

Erschwert wird die Definition des Wettbewerbs durch die Tatsache, daß es sich dabei um einen Begriffskomplex handelt, der in der Literatur ³⁾ zu einer Dreiteilung des Begriffs geführt hat: Wettbewerb als Sozialsystem, Wettbewerb als Beziehung und Wettbewerb als Vorgang. Letzterer ist immer dann gegeben, wenn "zwei oder mehr Personen zu gleicher Zeit das gleiche Ziel anstreben" ⁴⁾.

Dieses Verhalten begegnet uns allenthalben im Sport, in der Kunst, in der Wirtschaft usw. ⁵⁾. Der uns hier interessierende Wettbewerb als Vorgang auf wirtschaftlichem Gebiet liegt dann vor, "wenn mehrere Unternehmen durch ihr Verhalten sich unmittelbar um den Geschäftsabschluß mit Dritten bemühen" ⁶⁾, oder wie SANCHEZ CALE-

2) Siehe BAUMBACH-HEFERMEHL, S. 28; v. GODIN, GRUR 65, S. 288; HOPPMANN, a.a.O. S. 93, der sogar die Möglichkeit einer positiv gefaßten Definition seitens der Nationalökonomien verneint.

3) So z.B. v. WIESE, HDSW, Bd. 12, S. 25/26 ff.; BAUMBACH-HEFERMEHL, S. 29 ff.; PHILIPS, S. 71/72.

4) NORDEMANN, S. 21; BAUMBACH-HEFERMEHL, S. 28; RINCK-ULMER-REIMER, S. 11; ROTONDI, GRUR Int. 56, S. 184, 531; MASCAREÑAS, S. 185, der den Begriff "competir" vom DICCIONARIO DE LA ACADEMIA übernimmt: "Competir es contender dos o más personas entre sí, aspirando unas y otras, con empeño a una misma cosa"; GARRIGUES, Curso, S. 196.

5) GARRIGUES, La defensa, S. 12; BAUMBACH-HEFERMEHL, S. 28; NORDEMANN, S. 21; HUBMANN, S. 270.

6) Z.B. BAUMBACH-HEFERMEHL, S. 30. Von der Lit. werden z.T. auch andere dem wirtschaftlichen Wettbewerb zugrundeliegende Zielsetzungen angenommen, so z.B. "Gewinnstreben" von SCHMITZ, NJW 61, 2090; PHILIPS, S. 72; "Vermehrung des Kundenkreises" vom BGH in GRUR 52, 582 und GRUR 53, 294; URÍA, S. 68.

RO 7) sagt, "la competencia implica una situación en la que dos o más empresarios ofrecen bienes o servicios similares en el mercado intentando atraerse a sus consumidores".

Der in diesem Sinne zu verstehende Begriff des "Wettbewerbs als Vorgang" - oder wie GARRIGUES 8) ihn nennt, "la lucha por la conquista del cliente" - soll dieser Arbeit weiterhin zugrundeliegen. Die anderen oben genannten Wettbewerbskategorien, "Wettbewerb als Beziehung" 9) und "Wettbewerb als Sozialsystem" 10) können und müssen außer Betracht

7) SANCHEZ, Instituciones, S. 89; diese Definition wird auch in der übrigen spanischen Lit. - zwar mit unterschiedlichen Formulierungen - für den wirtschaftlichen Wettbewerb gebraucht, so GARRIGUES, Curso, S. 196; MASCA-REÑAS, S. 185; URÍA, S. 68.

8) GARRIGUES, La defensa, S. 12.

9) Dieser ergibt sich aus den Prozessen, die als "Wettbewerb als Vorgang" bezeichnet werden, z.B. die Beziehung mehrerer Unternehmen untereinander auf einem bestimmten Markt, vgl. v. WIESE, a.a.O. S. 26; die Wirtschaftswissenschaften kennzeichnen mit diesem Begriff verschiedene Marktformen, vgl. dazu MACHLUP, HDSW, Bd. 12, S. 36 ff.

10) Im Sinne einer wirtschaftspolitischen Grundentscheidung, da man die leistungssteigernde Funktion des "Wettbewerbs als Vorgang" zugunsten des Volkes ausnutzt, vgl. hierzu v. WIESE, a.a.O. S. 27. Diese Tendenz zeigt sich zum Beispiel auch in gesetzgeberischen Motiven zum spanischen "Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen - Ley de 20 de Julio de 1963 sobre practicas restrictivas de la competencia", worin es u.a. heißt: ... significa así nuestra incorporación a una corriente de política económica común hoy a la mayoría de los países occidentales y que es plenamente coherente con el mantenimiento y la consolidación de un sistema económico basado en la empresa privada y el mercado", vgl. SENEN DE LA FUENTE, Comentario, S. 17.

bleiben, da ihnen als sogenannten "Überkategorien des Wettbewerbs" ¹¹⁾ der "Wettbewerb als Vorgang" als eine Voraussetzung zugrundeliegt, zum anderen die Erscheinungsformen des "unlauteren Wettbewerbs" - was noch aufzuzeigen ist - gerade beim "Wettbewerb als Vorgang" festzustellen sind.

II. Bestehen und rechtliche Regelung des Wettbewerbs unter dem Einfluß der jeweiligen Wirtschaftsordnung ¹²⁾

1. Allgemeines

Wettbewerb, in erster Linie als Wirtschaftskategorie, ist mit der jeweiligen Wirtschaftsordnung aufs engste verbunden. Die Wirtschaftsordnung wird je nachdem, ob in ihr ein wirtschaftlicher Wettbewerb stattfindet oder nicht, gekennzeichnet. Als Grundtypen von Wirtschaftsordnungen haben sich herausgebildet: Die freie Marktwirtschaft oder Verkehrswirtschaft einerseits und die staatliche Planwirtschaft oder zentralgeleitete Wirtschaft andererseits ¹³⁾. Innerhalb dieser Ordnungen ist jedoch zu unterscheiden zwischen der 'faktischen Wirtschaftsordnung', die nach EUCKEN ¹⁴⁾ als die "Gesamtheit der jeweils rea-

11) Siehe MEYER-CORDING, WuW 62, 467.

12) Im Schrifttum wird der Begriff "Wirtschaftsordnung" vielfach synonym gebraucht für "Wirtschaftsverfassung" oder "Wirtschaftssystem", vgl. BALLERSTEDT, S. 3; zum Begriff "Wirtschaftsordnung" siehe: EUCKEN, Grundsätze, S. 372.

13) Vgl. BAUMBACH-HEFERMEHL, S. 50 ff.; EUCKEN, Grundlagen, S. 78 ff.

14) EUCKEN, Grundlagen, S. 51.

lisierten Formen, in denen der Wirtschaftsprozeß alltäglich abläuft", zu definieren ist, und der 'Wirtschaftsverfassung', die nach EUCKEN ¹⁵⁾ als die "Gesamtentscheidung über die Ordnung des Wirtschaftslebens eines Gemeinwesens" ¹⁶⁾ anzusehen ist. Liegt eine solche Grundentscheidung in einer Volkswirtschaft vor, wird in diesem Fall die Wirtschaftsordnung durch eine "Wirtschaftsverfassung" mitbestimmt.

Für die uns interessierende Frage des Einflusses der Wirtschaftsordnung auf das Bestehen und die Regelung des Wettbewerbs kommt es daher entscheidend darauf an, welcher der Grundtypen einer Wirtschaftsordnung überhaupt gegeben ist und ob gegebenenfalls eine Wirtschaftsverfassung Prinzipien aufgestellt hat, die der Ordnung des Wirtschaftslebens zugrundeliegen sollen ¹⁷⁾.

Bevor insbesondere auf die Verhältnisse in Spanien eingegangen wird, sollen zunächst die allgemeinen Merkmale der Grundtypen der Wirtschaftsordnung und ihre Einflußnahme auf den Wettbewerb aufgezeigt werden.

a) Die freie Marktwirtschaft

Ausgehend von der Initiative der einzelnen Wirt-

15) EUCKEN, Grundlagen, S. 52.

16) Vgl. hierzu auch HUBER, Bd. I, S. 20; RINCK, Rdnr. 56.

17) Diese Frage ist besonders zu untersuchen, da nicht jede Volkswirtschaft eine Wirtschaftsverfassung hat, jedoch jeder Staat eine Wirtschaftsordnung besitzt, denn "ohne Ordnung ist ein Wirtschaften überhaupt undurchführbar", vgl. EUCKEN, Grundlagen, S. 50.

schaftssubjekte ¹⁸⁾ kann man die freie Marktwirtschaft als ein sich durch den Mechanismus von Angebot und Nachfrage von selbst regelndes System bezeichnen ¹⁹⁾, wobei sich der Staat im wesentlichen passiv verhält.

18) Zu diesem Begriff BAUMBACH-HEFERMEHL, S. 51. In Spanien wurde z.B. schon im FUERO DEL TRABAJO vom 9. 3. 1938, B.O.E. 10.3., erneuert durch das Ley Orgánica vom 10. 1. 67, dem das Wirtschafts- und Arbeitsleben am meisten betreffende spanische Grundgesetz, in Abschnitt XI, Abs. 6 die "private Initiative als fruchtbare Quelle des wirtschaftlichen Lebens der Nation anerkannt" und später auch in der Präambel zum Dekret Nr. 157/1963, B.O.E. 29. 1. 63 über die "freie Errichtung, Erweiterung und Verlegung von Gewerbebetrieben" gefordert, "daß die Vorschriften erlassen werden, die notwendig sind, um den Beitrag der Privatinitiative zur wirtschaftlichen Entwicklung Spaniens zu erleichtern und anzuregen". Schon jetzt kann aber gesagt werden, ohne den weiteren Ausführungen vorzugreifen, daß es sich hier lediglich um Programmsätze gehandelt hat, die Spanien erst seit Anfang der 60er Jahre in Teilbereichen zu verwirklichen begonnen hat. Markantestes Beispiel hierfür ist wohl auch die Feststellung in den Motiven zu dem oben unter Fußn. 10 bereits erwähnten "Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen" in Ziffer I, 1: "La iniciativa empresarial constituye un factor muy poderoso de desarrollo económico y, consecuentemente, de progreso social". So unterstellt auch das spanische Schrifttum - wie z.B. GARRIGUES, Curso, S. 196 - häufig bei seinen Erörterungen zum unlauteren Wettbewerb als Ausgangspunkt jeglichen Wettbewerbs die Privatinitiative des Unternehmers, die "iniciativa del empresario", ohne dabei den Gegebenheiten der spanischen Wirtschaftsordnung - zumindest über einen längeren Zeitraum hinweg - gerecht zu werden.

19) In diesem Sinne HUBER, Bd. II. S. 203.

Gewährleistet wird die wirtschaftliche Betätigung der Wirtschaftssubjekte in einem solchen Ordnungssystem dabei u.a. durch die Vertragsfreiheit, Vereinigungsfreiheit, freie Berufswahl und -ausübung, sowie dem freien Zugang zum Markt ²⁰⁾.

b) Die staatliche Planwirtschaft

Im Gegensatz zur freien Marktwirtschaft wird in der Planwirtschaft oder der sog. "zentral geleiteten Wirtschaft" der gesamte Wirtschaftsprozess vom Staat geleitet, der die Aufgabe des Planens und Ordnen übernimmt. An die Stelle der "Marktfreiheiten" ²¹⁾ treten Produktions- und Preispolitik, Zuteilungsmaßnahmen, Arbeitsverpflichtungen, kurzum alle denkbaren wirtschaftspolitischen Maßnahmen, um die zentrale Lenkung durchzusetzen ²²⁾.

c) Die Wirtschaftsordnung als theoretisches Modell

Festzuhalten bleibt an dieser Stelle, daß die soeben aufgezeigten "reinen Ordnungsformen" ²³⁾ einer Wirtschaftsordnung niemals in dieser Form bestanden haben oder bestehen, sondern jede konkrete Wirtschaftsordnung sich vielmehr als Mischung beider Formen darstellt, "wobei in bestimmten Epochen das eine oder andere System überwiegt" ²⁴⁾. Absolut gesehen stellen beide Ordnungen daher nur theoretische Modelle dar.

20) BAUMBACH-HEFERMEHL, S. 57.

21) BAUMBACH-HEFERMEHL, S. 57.

22) So EUCKEN, Grundsätze, S. 58 ff.

23) Zu diesem Begriff EUCKEN, Grundlagen, S. 171.

24) EUCKEN, Grundlagen, S. 171; BAUMBACH-HEFERMEHL, S. 51. GARCIA-PELAYO, S. 40, 41 unterscheidet 3 Formen der Marktwirtschaft.

2. Einfluß der Wirtschaftsordnung auf das Bestehen des Wettbewerbs

Ob das Bestehen des Wettbewerbs von der jeweiligen Wirtschaftsordnung beeinflusst wird, ergibt sich aus der Antwort auf die Frage nach der Handlungsfreiheit und Selbständigkeit der Wirtschaftssubjekte, miteinander im "Wettbewerb als Vorgang" zu wetteifern. Abzustellen ist dabei sowohl auf die Einflußnahme auf sie durch den Staat, als auch auf das Verhalten der Wirtschaftssubjekte untereinander.

a) Einflußnahme des Staates

In einer reinen staatlichen Planwirtschaft, in der dem einzelnen Wirtschaftssubjekt jede Handlungsfreiheit entzogen wird, geht die wirtschaftliche Initiative ausschließlich vom Staat aus, er wird zum Planträger²⁵⁾. In dieser Wirtschaftsform kann kein Wettbewerb stattfinden. Allerdings bleibt den Wirtschaftssubjekten in den meisten Fällen trotz konkreter Lenkungsmaßnahmen seitens des Staates ein gewisser Rahmen selbständigen Handelns, so daß ein wirtschaftlicher Wettbewerb stattfinden kann.

Ist für den Wettbewerb in einer reinen Planwirtschaft kaum Raum, so gilt das genaue Gegenteil für eine Wirtschaftspolitik, bei der das gesamte Wirtschaftsgeschehen nur noch auf der

25) Vgl. zu diesem Begriff EUCKEN, Grundlagen, S. 79; SCHNEIDER, S. 22; BRÖSSE, S. 4 und KÖRBER, S. 13, die das Zusammenspiel der Planträger zur Bestimmung der jeweils geltenden Wirtschaftsordnung untersuchen.

Initiative der einzelnen Wirtschaftssubjekte beruht ²⁶⁾ und sich der Wettbewerb in einer fast staatsfreien Sphäre vollzieht. Ein in fast allen Ländern Europas verbreitetes Beispiel hierfür war die im 19. Jahrhundert vom Liberalismus geprägte Wirtschaftspolitik des "Laissez faire, laissez aller, le monde va de lui-même" ²⁷⁾.

b) Einfluß der Wirtschaftssubjekte

Nicht nur der Staat kann jedoch auf das Bestehen des Wettbewerbs einwirken, sondern auch die Wirtschaftssubjekte selbst. Dies hat gerade die auf der Grundlage der Wettbewerbsfreiheit beruhende Wirtschaftsordnung des "Laissez faire" gezeigt. Die absolute neue Freiheit benutzten die Wirtschaftssubjekte nämlich gegen sich, indem, wie DÍAZ VELASCO ²⁸⁾ es beschreibt, "ein zu Beginn ausgezeichneter freier Wettbewerb sich bald in das Gegenteil veränderte und in nicht mehr zulässige Extreme ausartete". Eines dieser die Handlungsfreiheit der Wirtschaftssubjekte beschränkenden Extreme war der Mißbrauch der Freiheit zu Kartellabsprachen. Die Tendenz zu Wettbewerbsbeschränkungen ²⁹⁾ durch die Wirtschaftssubjekte selbst besteht auch heute noch und immer dann, je weiter der Rahmen der Handlungsfreiheit

26) EUCKEN, Grundsätze, S. 26 ff.

27) Für das Vorliegen dieser Wirtschaftspolitik in Spanien vgl. z.B. die Ausführungen von GARRIGUES, La defensa, S. 16/17 und DÍAZ VELASCO, Diccionario, S. 1017.

28) A.a.O. S. 1017: "... una libre competencia que, siendo en principio muy hermosa, se deformaba y corrompia en la practica hasta extremos inadmisibles".

29) Vgl. EUCKEN, Grundsätze, S. 30 ff.; HUBER, Bd. I, S. 32; dazu auch RINCK, S. 223 ff.

der Wirtschaftssubjekte in einer Wirtschaftsordnung gezogen ist.

c) Einfluß der Eigentumsordnung

Voraussetzung jeder eigenverantwortlichen Betätigung der Wirtschaftssubjekte ³⁰⁾ ist das Privateigentum an Produktionsmitteln ³¹⁾. Ohne Privateigentum an Produktionsmitteln ist privates Unternehmertum nicht ganz unmöglich, jedoch sehr schwer realisierbar ³²⁾.

Allerdings geht die Anerkennung des Privateigentums an Produktionsmitteln als unerläßliche Bedingung für die Handlungsfreiheit der Wirtschaftssubjekte nicht soweit, daß damit auch gleichzeitig das Bestehen des Wettbewerbs und die Handlungsfreiheit der Wirtschaftssubjekte garantiert wird ³³⁾. Vielmehr kommt es hierbei darauf an, ob und in welchem Umfang Eigentumsbindungen bzw. Einschränkungen des Eigentumsinhalts bestehen ³⁴⁾. Erst die Feststellung des Ausmaßes dieser Bindungen erlaubt es, die Einflußnahme der Eigen-

30) Hier verstanden als privates Unternehmertum.

31) Vgl. BALLERSTEDT, S. 78.

32) Vgl. EUCKEN, Grundlagen, S. 54 ff.; BAUMBACH-HEFERMEHL, S. 68. Dies zeigt sich wohl deutlich an den Planwirtschaften der Ostblockländer, in denen teilweise Privateigentum ganz abgeschafft ist und im Kollektiveigentum aufgegangen ist.

33) EUCKEN, Grundsätze, S. 272.

34) Zu denken ist hierbei besonders an das Privateigentum in Kriegszeiten beschränkende Wirtschaftsmaßnahmen. Zur Frage der Eigentumsbindung durch Art. 14 Abs. 2 GG, in Spanien Abschnitt XII, Abs. 1 des FUERO DEL TRABAJO, vgl. die Ausführungen weiter unten; in der spanischen Verfassung von 1978, Art. 128, 129,

tumsordnung auf das Bestehen des Wettbewerbs zu beurteilen.

3. Einfluß der Wirtschaftsordnung auf die rechtliche Regelung des Wettbewerbs

Angesichts der Einflüsse, denen der Wettbewerb im Hinblick auf sein Bestehen ausgesetzt ist, stellt sich das Problem der rechtlichen Regelung des Wettbewerbs erst, wenn er überhaupt vorhanden oder möglich ist ³⁵⁾.

Die Anwendung dieses Grundsatzes auf die oben genannten Extreme möglicher Wirtschaftsformen ergibt das Vorhandensein eines zügellosen Wettbewerbs einerseits und das Fehlen jeglichen Wettbewerbs andererseits. In beiden Fällen bedarf es keiner rechtlichen Regelung des Wettbewerbs. Da jede konkrete Wirtschaftsordnung jedoch aus einer Verschmelzung beider Idealtypen der Wirtschaftsordnungen besteht, stellt sich die Frage nach der rechtlichen Regelung des Wettbewerbs in einer solchen Ordnung.

Grundsätzlich wird man wohl sagen können, daß ein Bedürfnis für eine Wettbewerbsregelung umso mehr vorhanden ist, je weniger die Wirtschaftsordnung die wirtschaftliche Betätigung und Handlungsfreiheit der Wirtschaftssubjekte einengt. Dafür sprechen insbesondere die Erfahrungen aus der Zeit des Liberalismus, die es nötig mach-

35) Vgl. dazu BAUMBACH-HEFERMEHL, S. 76.
GARRIGUES, La defensa, S. 16 sagt hierzu, allerdings im Hinblick auf die erste gesetzliche Regelung des Wettbewerbs im Jahre 1791 in Frankreich: "Las problemas de la competencia sólo podían surgir cuando la competencia se declarase libre".

ten, die gerade gewonnene Freiheit zu beschränken, um die Freiheit zu bewahren ³⁶⁾. So widersprüchlich dies auch klingen mag, war es doch der einzige Weg, die Handlungsfreiheit jedes einzelnen Wirtschaftssubjekts vor Mißbräuchen durch andere zu schützen.

Abgesehen davon jedoch, ob sich eine Wirtschaftsordnung dem einen oder anderen beider möglichen Extreme annähert, bedarf jede Wirtschaftsordnung zur Erhaltung der wirtschaftlichen Freiheit aller Wettbewerber eine gewisse Anzahl von Mindestregeln ³⁷⁾, um den Schutz der Wirtschaftssubjekte vor Auswüchsen zu gewährleisten. Unterschiedlich ist dabei die Wechselbeziehung dieser Regeln zur Wirtschaftsordnung.

Während einerseits wettbewerbliche Regeln, die wirtschaftspolitisch neutral ³⁸⁾, also von der Struktur der Marktordnung unabhängig, anzutreffen sind, gibt es daneben eine Vielzahl anderer, von der Wirtschaftsordnung abhängige, Normen, die, je nach der verfassungsrechtlichen Grundentscheidung ³⁹⁾, sowohl von ihrer Rechtsnatur her als auch dem erstrebten Interessenschutz nach un-

36) Wie GARRIGUES, La defensa, S. 14 es ausdrückt: "Se defiende la libertad limitando la libertad", und ders., S. 17: "El problema consiste en armonizar dos cosas al parecer incompatibles: el principio de la libertad y la necesidad de limitar esa libertad".

37) BAUMBACH-HEFERMEHL, S. 76.

38) Hierzu werden von ULMER, GRUR 51, S. 355/356 die als unlauterer Wettbewerb zu bezeichnenden Sachverhalte gezählt.

39) Vgl. dazu die Ausführungen unter 2 a.

terschiedlichste Ausgestaltungen aufweisen. So wird es insbesondere darauf ankommen, ob bei der Schaffung von wettbewerbliche Sachverhalte regelnden Normen der Gemeinschaftsgedanke und damit ein Interesse der Allgemeinheit, oder vielmehr der Individualgedanke und damit ein schutzwürdiges Einzelinteresse Pate gestanden hat. Dabei kann es auch sein, daß sich eine Interessenverschiebung vollzieht, dergestalt, daß immer mehr der Schutz der Allgemeinheit in den Vordergrund tritt ⁴⁰⁾.

Der Staat bedient sich entsprechend der gewünschten Regelung und je nachdem welches Schutzsubjekt - Allgemeinheit oder Individuum - dabei im Vordergrund steht, öffentlich-rechtlicher Normen einerseits, privatrechtlicher Normen andererseits ⁴¹⁾.

Schließlich kommt es auch auf die in der verfas-

40) Dies war z.B. in Deutschland der Fall, wo insbesondere durch die Rspr. von RG und BGH eine Abkehr von einer rein individualrechtlichen zu einer sozialrechtlichen Auffassung hin erfolgte. Siehe dazu die Angaben bei BAUMBACH-HEFERMEHL, S. 162/163. Aber auch in Spanien kann man seit etwa Ende des Bürgerkriegs eine Gesetzgebung verfolgen, die wie SENEN DE LA FUENTE, S. 20, sagt, vom "espíritu social" getragen ist. Konkret auf den Wettbewerb bezogen wurde in den Motiven zum spanischen Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen das "interés público" in den Vordergrund gestellt, so auch SANCHEZ CALERO, Las Costumbres, S. 110; vgl. weiter unten 4. Teil III.

41) Das zeigt sich u.a. in den Sanktionen unlauterer Wettbewerbshandlungen und ihrer Durchsetzung. So kommt in Deutschland ohne Zweifel der zivilrechtlichen Sanktion die größte Bedeutung zu, während in Spanien - was weiter unten eingehend erörtert werden wird - die strafrechtliche Sanktion im Vordergrund steht.

sungsrechtlichen Grundentscheidung vollzogenen Wertung an, welche Rolle der Wettbewerb überhaupt spielen soll und welche Wettbewerbsregeln dieser Rolle gerecht werden.

Hat ein Staat erst einmal die Bedeutung des Wettbewerbs für das Sozialsystem erkannt ⁴²⁾, so wird er mittels Gesetzgebung und Einrichtung von Institutionen versuchen, den Wettbewerb zu schützen und zu erhalten; in dem Sinne, daß er einerseits den Wettbewerb in seinem Bestand sichert, zum anderen auch Auswüchse beim Wettbewerb als Vorgang bekämpft ⁴³⁾.

Die bisherigen Ausführungen haben gezeigt, daß die jeweilige Wirtschaftsordnung eines Landes sowohl auf das Bestehen als auf die rechtliche Regelung des Wettbewerbs mehr oder weniger starken Einfluß ausübt. Da es bei dieser Arbeit um die Darstellung der Verhältnisse in Spanien geht, müssen die bisher gewonnenen Erkenntnisse zunächst anhand der Wirtschaftsordnung bzw. Wirtschaftsverfassung Spaniens überprüft werden. Vor allem die wettbewerbsrelevanten Fakten sollen dabei im Vordergrund stehen.

42) Diese Feststellung läßt sich zweifellos für den spanischen Staat seit Anfang der 60er Jahre treffen. In den Motiven des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen wird dies ausdrücklich ausgeführt, vgl. Fußnote 10 und 18.

43) Schlagwortartig wird hierfür allgemein "Existenzschutz" einerseits, "Qualitätsschutz" andererseits angeführt, z.B. BAUMBACH-HEFER-MEHL, S. 76.

ZWEITER TEIL

Wirtschaftsordnung und Wirtschaftsverfassung

I. Bestimmung der wirtschaftspolitischen Konzeption

1. Die Frage nach den Planträgern

Je nachdem, ob eine "Gesamtentscheidung über die Ordnung des Wirtschaftslebens eines Gemeinwesens" ⁴⁴⁾ vorliegt oder nicht, wird die Wirtschaftsordnung von einer Wirtschaftsverfassung mitbestimmt. Aus ihr ergeben sich Normen und Prinzipien, denen wirtschaftsverfassungsrechtliche Ordnungsfunktionen zukommen. Dabei handelt es sich nicht etwa nur um abstrakte Leitsätze, sondern um bestimmte, noch näher zu bezeichnende Kriterien für das Zusammenspiel der Planträger ⁴⁵⁾.

Während in der staatlichen Planwirtschaft der Wirtschaftsprozeß von einer zentralen Stelle durch einen einzigen Plan gelenkt wird, der Staat also selbst Planträger ist, gibt es in der freien Marktwirtschaft eine Vielzahl von Planträgern, die alle ihre eigenen Pläne aufstellen. Aus der Feststellung der Planträger ergibt sich, wer als Wirtschaftssubjekt in Frage kommt: der Staat, private Unternehmer oder interne-

44) Vgl. Fußnoten 15 und 16. Eucken meint den volkswirtschaftlichen Begriff der Wirtschaftsverfassung; wie ihn das BVerfG definiert, vgl. dazu S. 32 und Fußn. 111.

45) Zu diesem Begriff vgl. Fußnote 25 mit den dortigen Literaturangaben.

diäre Korporationen 46).

2. Die Regelung der Planungskompetenz

Sind mindestens zwei Subjektgruppen vorhanden, ergibt sich zwangsläufig das Problem, welcher von ihnen die Planungskompetenz zukommt. Um bei den beiden Grundtypen möglicher Wirtschaftsordnungen zu bleiben, wird sich demgemäß ein Übergewicht zugunsten des öffentlichen, bzw. staatlichen oder des privaten Bereichs ergeben. Auch dieses Kriterium ist somit bei der Bestimmung der Wirtschaftsordnung zu beachten.

3. Die Koordination der Wirtschaftspläne

Nicht übersehen werden darf das letzte Kriterium, das bei zur Bestimmung der Wirtschaftsordnung dient: die Frage nach der Koordination der Einzelpläne, sowohl im staatlichen, privaten - und soweit vorhanden - im korporativen Bereich einerseits als auch der Bereiche untereinander.

46) Als solche sind die spanischen Syndikate zu bezeichnen, die José Antonio Primo de Rivera, Gründer der sozial-reformerischen, faschistischen Bewegung FALANGE ESPAÑOLA, selbst als "Treuhänder der wirtschaftlichen Autorität, die man für jeden Produktionszweig braucht", kennzeichnet, jedoch nicht aus autonomem Recht, sondern im Sinne "direkter Organe des Staates". Vgl. Primo de Rivera, Obras completas, S. 137 und 441. Die Bezeichnung "intermediär" ist deshalb für die Syndikate zutreffend, da in ihnen als vertikaler Zusammenschluß, der nach Produktionszweigen korporativ organisiert wurde, sowohl Arbeitgeber als auch Arbeitnehmer zusammengefaßt wurden.

II. Die Ordnungsprinzipien der spanischen Wirtschaft unter dem Einfluß verfassungsrechtlicher Grundnormen

1. Die Wirtschaftspolitik im allgemeinen

a) Die Entwicklung bis 1935

Da es darum geht, darzulegen, inwiefern verfassungsrechtliche Prinzipien oder Grundnormen im Sinne einer Wirtschaftsverfassung die spanische Wirtschaftsordnung bestimmt haben oder bestimmen, würde es zu weit führen, im einzelnen das Vorhandensein solcher Prinzipien und ihren Einfluß auf die Wirtschaftsordnung - soweit er überhaupt feststellbar ist - weit in der Geschichte des Landes zurückzuverfolgen. - Für unsere Betrachtung, die sich auf die Vorgänge seit dem Bürgerkrieg 1939 konzentriert, haben besonders vier Epochen der spanischen Geschichte in bezug auf die wirtschaftliche, politische und soziale Gestaltung des Nachkriegs spanien Einfluß gehabt.

Zunächst sind im Spanien des 19. Jahrhunderts wie im übrigen Europa die Wirkungen des Liberalismus anzutreffen, der in Spanien mit der Verfassung von 1812 eingesetzt hat. Das Fehlen eigener Initiative führt jedoch rasch zu einer Überfremdung der spanischen Wirtschaft durch Auslandskapital ⁴⁷⁾, die soweit geht, daß der spanische Wirtschaftshistoriker VICENS VIVES diese Zeit als einen "Finanzkolonialismus" bezeichnet ⁴⁸⁾.

47) Vgl. MÜLLER-ARMACK, S. 46 ff. (150).

48) VICENS VIVES, Manual, S. 13 u. 547.

Als Reaktion auf den mehr destruktiven Liberalismus und den ausländischen Einfluß, ausgelöst schließlich durch den 1898 gegen die USA verlorenen Krieg um Kuba und die Philippinen, steht die spanische Wirtschaftspolitik zu Beginn des 20. Jahrhunderts ganz im Zeichen autarkischer Bestrebungen im Sinne eines Wirtschaftsnationalismus.

Auch die im Jahre 1923 gegründete Diktatur des Generals Primo de Rivera folgte hauptsächlich den bereits begonnenen Autarkiebestrebungen, wobei sich die Wirtschaftspolitik im wesentlichen dem Außensektor widmete ⁴⁹⁾ und kaum in die Wirtschaftsführung des privaten Sektors eingegriffen wurde.

Erstmals in der Zeit der 1931 errichteten 2. Spanischen Republik wird die Forderung laut, den Liberalismus durch eine interventionistische Politik zu überwinden ⁵⁰⁾. Bevor diese Politik in der Folgezeit tatsächlich das Wirtschaftsgeschehen in Spanien bestimmte, kam es zum Bürgerkrieg ⁵¹⁾, aus dem die 1933 gegründete Bewegung "FALANGE ESPAÑOLA" siegreich hervorging.

b) Das Programm der FALANGE

Die mit dem Ende des Bürgerkriegs im Jahre 1939 einsetzende Neuordnung von Staat und Wirtschaft wurde wesentlich von den Ideen der FALANGE ge-

49) Vgl. dazu KÖRBER, S. 21; GARCIA-ECHEVARRIA, S. 22 ff.

50) SANCHEZ, S. 7 ff.

51) Dieser dauerte von 1936-39. Die Menschenverluste werden auf 1 Million geschätzt, an Sachwertverlusten ca. 7 Milliarden Peseten damaliger Währung angegeben.

prägt ⁵²⁾. Ihr Parteiprogramm, die sog. "PUNTOS PROGRAMÁTICOS" ⁵³⁾, in bezug auf die Wirtschaft verdient daher eine nähere Betrachtung.

Auf dem Gebiete der Wirtschaft waren die Ideen der FALANGE vor allen von der Reaktion gegen Liberalismus und Kommunismus ⁵⁴⁾, sowie vom Eintreten für eine Sozialreform bestimmt. Erstrebt wurde eine "neue Ordnung" ⁵⁵⁾. Wie aber war sie zu verwirklichen?

Nach dem Programm der Falange sollte "Spanien im Wirtschaftlichen als ein riesenhaftes Syndikat von Produzenten in einem System von vertikalen Syndikaten nach Produktionszweigen korporativ organisiert werden" ⁵⁶⁾. In der vertikalen, "den Klassenkampf überwindenden" ⁵⁷⁾ Zusammenfassung von Arbeitgebern und Arbeitnehmern wollte die "nationalsyndikalistische Bewegung eine gerechte Lösung gefunden haben", die "weder kapitalistisch noch kommunistisch" ⁵⁸⁾ sein sollte. Andererseits wurde erklärt, "der Staat wird das Privateigentum als erlaubtes Mittel zur Erfüllung individueller, familiärer und sozialer Zwecke anerkennen" ⁵⁹⁾.

52) Vgl. XIFRA HERAS, S. 201.

53) Siehe PUNTOS PROGRAMÁTICOS, S. 22 ff.

54) P.P., a.a.O., Punkt 10.

55) P.P., a.a.O., Punkt 26.

56) P.P., a.a.O., Punkt 9.

57) P.P., a.a.O., Punkt 11.

58) PRIMO DE RIVERA, S. 569.

59) P.P., a.a.O., Punkt 13.

Mit diesen Programmsätzen war der einzuschlagende Weg für die erstrebte Neuordnung vorgezeichnet. Im Zusammenhang mit dem Wettbewerb steht dabei die Frage, wie nach den Vorstellungen der FALANGE das Zusammenspiel der Planträger geregelt wurde.

Bereits aus der oben erwähnten Zielsetzung des Falangeprogramms folgt, daß drei Subjekte die Planung in der Volkswirtschaft tragen sollten: der Staat, die Syndikate und die privaten Wirtschaftssubjekte.

Während der Staat sich dabei auf Eingriffe in das Wirtschafts- und Sozialleben beschränken sollte, kam den Syndikaten die vom Staat delegierte Planhoheit und nahezu vollständige Regelungsbefugnis zu ⁶⁰⁾. Damit war es letztlich wiederum der Staat, der als Wirtschaftssubjekt auftrat. Demgegenüber wurde den Privaten zwar das "Privateigentum als erlaubtes Mittel" ⁶¹⁾ zugestanden, die sich daraus ergebende Privatinitiative jedoch nur soweit erlaubt, wie sie "mit dem kollektiven Interesse zu vereinbaren" war ⁶²⁾.

Sowenig sich aus dieser allgemeinen Abgrenzung zwischen Staat und Privaten an privater Planungshoheit ablesen läßt, umsomehr nahm der Staat an Zuständigkeit in Anspruch. Lediglich auf den vom Staat nicht beanspruchten Gebieten bestand für die Privaten ein Planungsrest. Eine Koordination zwischen staatlichem und privatem

60) Vgl. dazu Fußn. 46.

61) Vgl. Fußn. 59.

62) P.P., a.a.O., Punkt 8.

Bereich war damit gar nicht denkbar und mußte - in Ausnahmefällen - auf eine Subordination des privaten hinauslaufen ⁶³⁾. Die eindeutige Machtverteilung zugunsten des Staates wurde noch unterstützt durch die Dezentralisierungstendenzen des Falangeprogramms: Auflösung des Kapitalismus ⁶⁴⁾ bedeutete Zerschlagung von Machtkomplexen und Schaffung kleiner Wirtschaftseinheiten. Diesen fehlte jedoch aufgrund des ihnen lediglich zugestandenen Planungsrestes einerseits, der Bindung in den Syndikaten andererseits, jedwede für ein eigenständiges Wirtschaften nötige Bewegungsfreiheit.

Wirksamer Wettbewerb war insoweit unmöglich und auch unerwünscht, da ein eigenständiges Marktverhalten den gewünschten Ordnungsprinzipien der Falange widersprochen hätte. Festzuhalten ist an dieser Stelle, daß die FALANGE zwar den Versuch unternommen hat, im spanischen Staat eine "neue Ordnung" zu errichten, daß es ihr jedoch nicht gelungen ist - zumindest was den wirtschaftlichen Bereich anbelangt -, einen brauchbaren und anwendbaren ordnungspolitischen Entwurf zu entwickeln ⁶⁵⁾.

c) Die Zeit des Interventionismus

Hatte schon die FALANGE dem aus dem Bürgerkrieg hervorgegangenen neuen spanischen Staat kein brauchbares wirtschaftliches Konzept hinterlassen können, so ist ein solches erst recht

63) Vgl. hierzu KÖRBER, S. 29/30.

64) PRIMO DE RIVERA, S. 87.

65) In diesem Sinne z.B. KÖRBER, S. 31.

nicht während der Kriegs- und Nachkriegszeit feststellbar. Bedingt durch die äußeren Umstände, die der Bürgerkrieg, der kurz nach dessen Beendigung ausbrechende Weltkrieg und der 1946 ausgesprochene wirtschaftliche Boykott gegenüber Spanien durch die Siegermächte geschaffen hatten, läßt sich die Wirtschaftspolitik in diesem Zeitraum allenfalls als eine Notpolitik ⁶⁶⁾ bezeichnen, in deren Verlauf der Staat zum Dirigismus gezwungen wurde ⁶⁷⁾. Welche Rolle den Planträgern bei einer so gearteten Wirtschaftspolitik zugedacht war, ergibt sich aus dem ersten Grundgesetz des neuen spanischen Staates, dem FUERO DEL TRABAJO ⁶⁸⁾, in dessen Präambel die "Unterordnung der Wirtschaft unter die Politik und den staatlichen Interventionismus" als Prinzip aufgestellt wird. Damit wurde kraft Gesetzes die Wirtschaftssubjekts-Eigenschaft des Staates festgelegt.

Zur Übermittlung für seine ökonomischen Direktiven bediente sich der Staat der Syndikate ⁶⁹⁾, die als "für den staatlichen Interventionismus geeignete Instrumente" angesehen wurden ⁷⁰⁾, Instrumente, verstanden als Organe öffentlichen

66) Vgl. PARIS EGUÍLAZ, Diez años, S. 289.

67) Siehe KÖRBER, S. 46.

68) Gesetz vom 9. 3. 1938: "Grundgesetz der Arbeit", B.O.E. 10. 3. 38.

69) Gesetz vom 26. 1. 1940: "Syndikatseinheit", Art. 1, B.O.E. 31. 1. 40.

70) So XIFRA HERAS, S. 223.

Rechts 71).

Die Privatinitiative wird vom Staat - ähnlich wie von der FALANGE - "als fruchtbare Quelle des Wirtschaftslebens der Nation" anerkannt 72), mit der Folge, daß er "das Privateigentum anerkennt und schützt" 73). Jedoch nicht uneingeschränkt: Das Privateigentum "muß von Einschränkungen umgeben werden, die das Gemeinwohl und der Fortschritt der nationalen Gesamtheit erfordern" 74). Mehr noch als im falangistischen Programm nimmt der Staat fast alle denkbaren Lenkungs Aufgaben wahr, sei es Preisbildung, Lohnbildung, Standortwahl für Unternehmen, Ausgestaltung von Arbeitsverträgen, Erweiterungsmaßnahmen für Industrie, Landwirtschaft, Bergbau und Handel. Dem Einzelnen verblieb wiederum nur ein Planungsrest, der ihm nicht garantiert, nur gewährt wurde 75).

Grundsätzlich läßt sich daher wohl von einem Nebeneinander von staatlicher und privater Wirtschaftstätigkeit sprechen. Dennoch kann letzte-

71) Ihre Eigenschaft ergibt sich aus der gesetzlichen Definition der Syndikate in Abschnitt XIII, 3 des FUERO DEL TRABAJO: "Das vertikale Syndikat ist eine Korporation öffentlichen Rechts, die entsteht durch die Integration aller Elemente, die ihre Tätigkeit innerhalb eines Dienstleistungs- oder Produktionszweigs zur Erfüllung des Wirtschaftsprozesses leisten, in einer Einheitsorganisation, hierarchisch gegliedert unter der Leitung des Staates.

72) FUERO DEL TRABAJO, Abschnitt XI, 6.

73) FUERO DEL TRABAJO, Abschnitt XII, 1.

74) AUNÓS-PÉREZ, S. 101 ff.

75) Vgl. hierzu die eingehende Darstellung bei KÖRBER, S. 37/38.

re wohl kaum als eigenständiges Marktverhalten bezeichnet werden. Den Unternehmern wird zwar eine gewisse Leitungsbefugnis zugesprochen ⁷⁶⁾ und wird insbesondere die kleine wirtschaftliche Einheit erstrebt und geschützt ⁷⁷⁾, da sie einer kapitalistischen Konzentration entgegenwirken kann und soll. Weiterhin - so heißt es - "wird jeder ungesetzliche Wettbewerb auf dem Gebiete der Produktion verhindert werden" ⁷⁸⁾.

Für die Errichtung einer Wettbewerbsordnung wurde außer diesem Programmsatz kein weiterer Schritt getan. Der Staat kontrollierte mit Hilfe der Syndikate die gesamte Wirtschaftstätigkeit, eine Wettbewerbsordnung würde nicht nur den wirtschaftspolitischen Zielsetzungen widerlaufen haben, sondern wäre auch aufgrund der oben näher erläuterten äußeren Umstände, in denen sich Spanien befand, gar nicht durchsetzbar gewesen.

Auf der Grundlage der soeben aufgezeigten, mehr ideologisch als rational-wirtschaftlich begründeten Planvorstellungen verfolgt der spanische Staat in der Folgezeit bis 1959 eine interventionistische Wirtschaftspolitik, getragen von dem Bestreben nach Wirtschaftswachstum durch schnelle Industrialisierung.

Zur Erreichung dieser Zielvorstellung bediente sich der Staat nicht der Koordinationsfunktion

76) FUERO DEL TRABAJO, Abschnitt VIII, 3.

77) FUERO DEL TRABAJO, Abschnitt V, 4; vgl. im übrigen auch Fußn. 64.

78) FUERO DEL TRABAJO, Abschnitt XI, 5.

des Marktes und der ihm eigenen Gesetze, sondern Handlungsinstrumente bildeten Preiskontrollen und Preisfixierungen, Investitionskontrollen, Rationierungen, Außenhandelslizenzierungen ⁷⁹⁾, bis hin zur staatseigenen Unternehmertätigkeit u.a. mit Hilfe des 1941 gegründeten "Nationalen Industrie Instituts - INI -" ⁸⁰⁾. Dem INI kam dabei die Funktion zu, die private Initiative bei der Unternehmensgründung zu ergänzen, da man die Produktionssteigerung nicht der privaten Initiative allein überlassen wollte ⁸¹⁾.

Das System des freien Wettbewerbs wurde abgelehnt, da es "nicht geeignet ist, die wirtschaftliche Expansion zu beschleunigen" ⁸²⁾. Der für den

79) Vgl. hierzu die instruktive Darstellung der wirtschaftspolitischen Maßnahmen bei KÖRBER, S. 49 ff.

80) Gesetz vom 25. 9. 41: Nationales Industrie Institut, B.O.E. 30. 9. 41.

81) PARIS EGUILAZ, Staatsintervention, S. 203.

82) PARIS EGUILAZ, a.a.O., S. 209. Unter den Wirkungen dieser folgenschweren Entscheidung hatte Spanien - vor allem im Hinblick auf die internationalen Beziehungen - lange zu leiden. Auch heute noch sind die wirtschaftlichen Anstrengungen, mit den europäischen Ländern in etwa gleichzuziehen, allenthalben feststellbar. Die erwähnte Einstellung gegen den Wettbewerb ließe sich folglich als Fehlentscheidung bezeichnen, da das Beispiel der BRD, ebenfalls nach den Kriegswirren neu gestaltet, die Funktionsfähigkeit einer Marktwirtschaft mit dem Regulator Wettbewerb bewiesen hat. Die Gründe der spanischen Einstellung jener Zeit sind jedoch mehr in den Besonderheiten des spanischen Menschen und seines Wirtschaftsgeistes, sowie der besonderen Stellung Spaniens in der Geschichte und den geographisch-geologischen Faktoren Spaniens zu suchen. Vgl. hierzu GARCIA-ECHEVARRIA, S. 13 ff. und die dort angegebene Literatur.

Wettbewerb notwendige staatsfreie Raum fehlte infolge einer Wirtschaftspolitik, die den Wettbewerb zur Förderung wirtschaftlicher Entwicklung als untauglich ansah. Das führte dazu, daß ein Wettbewerb zwischen Unternehmen praktisch unmöglich war und die Entfaltung des Wirtschaftsgeistes ⁸³⁾ - und damit auch wettbewerbsintensiver Aktionen der Unternehmer - unterdrückt wurde ⁸⁴⁾.

Für eine Wettbewerbsgesetzgebung bestand keine Notwendigkeit ⁸⁵⁾.

d) Die Wende in der spanischen Wirtschaftspolitik

Abgesehen von einigen Tendenzen einer Mäßigung der überbetonten Staatsmacht seit dem Jahre 1951 ⁸⁶⁾ kann von einer Wende der spanischen Wirtschaftspolitik zu einer liberalen wirtschaftspolitischen Konzeption hin erst seit dem Jahre 1959 gesprochen werden ⁸⁷⁾.

Als Motiv für diesen Umschwung darf die Erkenntnis im spanischen Staat angesehen werden, daß es dem Interventionismus nicht gelungen war, die erstrebte Wirtschaftsentwicklung im Inneren zu gewährleisten ⁸⁸⁾, zum anderen der

83) Zur Frage des Wirtschaftsgeistes des spanischen Unternehmers vgl. insbes. GÖRGENS, S. 203 und GARCIA-ECHEVARRIA, S. 13 ff., der den geringen ökonomischen Fortschritt gerade auf den Mangel an Wirtschaftsgeist beim spanischen Unternehmer, bedingt durch seine konservative und wenig risikofreudige Grundhaltung, zurückführt; vgl. auch SPAIN IN TRANSITION, S. 4.

84) GÖRGENS, S. 202.

85) GÖRGENS, S. 203. Wettbewerbsgesetzgebung wird hier verstanden als die 'Existenz des Wettbewerbs schützende Normen'.

86) Vgl. GARCIA-ECHEVARRIA, S. 26.

87) In diesem Sinne GARCIA-ECHEVARRIA, S. 27; GÖRGENS, S. 203; OCHEL, S. 19.

88) Vgl. KÖRBER, S. 108.

Interventionismus mit seinen Lizensierungen eine wirtschaftliche Isolation bewirkt hatte. Während einerseits die Währungs- und Handelspolitik des Interventionismus verhinderte, daß Spanien seinen Kapitalbedarf in Institutionen wie dem Internationalen Währungsfond - IWF - oder der Organisation de Cooperation et de Developpement Economiques - OEEC - jetzt OECD - deckte, deren Zielsetzungen mit den interventionistischen Maßstäben auch unvereinbar gewesen wären, andererseits die europäische Integrationswelle Spanien nicht mitumfaßte, war die Entscheidung für eine Transformation der bisherigen Wirtschaftsordnung unumgänglich ⁸⁹⁾. Daß die Entscheidung dabei zugunsten einer marktwirtschaftlichen Ordnung fallen mußte, folgt zum einen aus der ideologischen Grundeinstellung des spanischen Staates, zum anderen hätte die Erarbeitung eines zentralplanwirtschaftlichen Systems als andere Alternative den Anschluß an den Ostblock bedeutet.

Als äußere Anzeichen des Willens zu einer "Integration Spaniens in die europäische Wirtschaft" ⁹⁰⁾ sind der Eintritt in den IWF und die Weltbank ⁹¹⁾ sowie die Assoziierung an die OECD im Jahre 1958 ⁹²⁾ anzusehen.

Im Innern wurde die neue Etappe durch den Stabi-

89) Vgl. hierzu die eingehende Darstellung des politischen Zwangs zur Transformation bei KÖRBER, S. 107 ff.

90) GARCIA-ECHEVARRIA, S. 8.

91) 4. 7. 58: Beitritt zum IWF: B.O.E. 10. 7. 58, Art. 1.

92) Abkommen vom 10. 1. 58 (ratifiziert am 28. 3. 58), B. O. E. 12. 7. 58.

lisierungsplan vom 21. Juli 1959 ⁹³⁾ eingeleitet ⁹⁴⁾. In der Folgezeit ist die Wirtschaftspolitik von einer Vielzahl von äußeren und inneren Liberalisierungsmaßnahmen gekennzeichnet, die sich vor allem im Abbau zahlreicher Interventionsorgane zeigten ⁹⁵⁾. Dies bedeutete einen Abbau staatlicher Zuständigkeiten und deren allmähliche Rückführung in den Bereich der privaten Wirtschaft ⁹⁶⁾. Damit wurde jedoch nicht eine unumschränkte private Unternehmerinitiative geschaffen, vielmehr läßt sich die Wirtschaftstätigkeit der Privaten zunächst mehr als "regulierter Wettbewerb" ⁹⁷⁾ ansehen. Das folgt auch aus dem am 1. 1. 64 in Kraft getretenen Vierjahres-Entwicklungsplan ⁹⁸⁾, der bei Nichterreichung der Planziele durch die Privatwirtschaft die Ausfüllung der so entstehenden Lücke durch die Errichtung öffentlicher Unternehmen vorsah.

e) Die neueste Wirtschaftspolitik im Zeichen einer Koordination wirtschaftlicher Maßnahmen, Integrationsbemühungen und Schaffung einer Wettbewerbsordnung

Zielsetzung des 1. spanischen Entwicklungsplans

93) Dekret vom 21. Juli 59: Ordnung der Wirtschaft, B.O.E. 22. 7. 59.

94) Zu den einzelnen stabilisierenden Maßnahmen vergleiche die eingehenden Ausführungen bei GARCIA-ECHEVARRIA, S. 27 ff.

95) Vgl. dazu die Dekrete über die Auflösung von Interventionsorganen, vom 12. 9. 1959, B.O.E. 16. 9.; vom 26. 11. 1959, B.O.E. 1. 12.; vom 10. 12. 1959, B.O.E. 14. 12. 1959.

96) Vgl. KÖRBER, S. 116 ff.

97) Einen solchen hat PARIS EGUILAZ bereits im Jahre 1956 als möglich angesehen, jedoch weiterhin eine interventionistische Wirtschaftspolitik als wahrscheinlich erachtet, vgl. S. 208.

98) Gesetz vom 28. 12. 1963: Planwirtschaftliche und soziale Entwicklung, B.O.E. 30. 12. 1963.

war es, "Kriterien der wirtschaftlichen Rationalität in die öffentlichen Investitionen einzuführen und die langfristigen Maßnahmen der Wirtschaftspolitik zu koordinieren" 99). Dabei sollte die private Unternehmerinitiative im Rahmen einer marktwirtschaftlichen Ordnung das Hauptfundament wirtschaftlicher Entwicklung sein und erst an zweiter Stelle der öffentliche Sektor mit Hilfe des Entwicklungsplans eine aktive Rolle im Wachstumsprozeß spielen 100). Angesichts der im Rahmen der Liberalisierung erstrebten allmählichen Übernahme der Koordination privatwirtschaftlicher Vorgänge durch den Markt waren vor allem zwei Faktoren von besonderer Bedeutung.

Einerseits wies die spanische Wirtschaft einen hohen Grad von Monopolisierung 101) auf, die sich teils in der überragenden Stellung weniger Großbanken und ihrer Verflechtung mit der Industrie, teils in den vom Staat lange Zeit bevorzugten Unternehmen von "nationalem Interesse" 102) sowie in den sich mehr oder weniger zu Kollektivmonopolen entwickelten Syndikaten zeigte. Zum anderen wiesen zahlreiche Wirtschaftszweige eine Zersplitterung in Kleinunternehmen auf, die völlig unwirtschaftlich arbeiteten und

99) Vgl. LÓPEZ RODÓ, S. 81 ff.

100) Diese Funktionsverteilung deutete Handelsminister ULLASTRES im Geleitwort der REVISTA MENSUAL der Spanischen Handelskammer, Dez. 62, S. 34 ff. an.

101) Hierzu ist besonders auf die umfassenden Untersuchungen von TAMAMES, La lucha; MUÑOZ, El Monopolio, und die vom staatlichen Instituto de Estudios Políticos geförderte Arbeit von SIERRA, La concentración económica, hinzuweisen.

102) Gesetz vom 24. 10. 1939: Unternehmen von nationalem Interesse, B.O.E. 25. 10. 39., vgl. Fußnote 133.

ihre Existenz nur dem unrationellen spanischen Wirtschaftssystem verdankten ¹⁰³⁾.

Konzentrationsmaßnahmen sollten den Kleinbetrieben zu einer Wettbewerbsfähigkeit verhelfen, indem von den Ministern Mindestgrößen vorge-schrieben wurden ¹⁰⁴⁾. Die Stellung der marktbeherrschenden Unternehmen wurde in "dem wohl bedeutendsten Gesetz der letzten Jahre" ¹⁰⁵⁾, dem "LEY SOBRE REPRESIÓN DE LAS PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA" - Gesetz gegen wettbewerbsbeschränkende Praktiken - vom 20. 7. 1963 ¹⁰⁶⁾ geregelt. Ihm wurde zum Teil eine derartige Bedeutung beigemessen, die soweit ging, es geradezu als "conditio sine qua non" für die Erlangung des wirtschaftlichen Fortschritts und die Angliederung der spanischen Wirtschaft an Europa zu bezeichnen ¹⁰⁷⁾. Immerhin bedeutete das Wettbewerbsgesetz in bezug auf die Wirtschaftsordnung einen weiteren Schritt in Richtung einer

103) URQUIJO, S. 9; SPAIN IN TRANSITION, S. 9.

104) Dekret vom 26. 1. 1963, B.O.E. 29. 1. 63.

105) So GARRIGUES, La defensa, S. 9.

106) B.O.E. 23. 7. 1963, deutscher Text in: WuW 1964, Heft 3, S. 226 ff.

107) So SENEN DE LA FUENTE, S. 227. Diese Euphorie ist in Anbetracht der von Minister ULLASTRES selbst begrenzten Reichweite des Wettbewerbsgesetzes (vgl. dazu KORBÄR, S. 130/131, Fußn. 148) wohl nicht gerechtfertigt. Dagegen spricht u.a. die relativ geringe Anzahl der untersuchten Verstöße gegen dieses Gesetz, soweit sie sich an Hand der in der Zeitschrift WuW abgedruckten OECD-Berichte nachverfolgen lassen: vgl. dazu WuW 68, S. 38 ff.; WuW 69, S. 459 ff.; WuW 70, S. 501 ff.; WuW 71, S. 396 ff.; WuW 72, S. 472 ff. Vgl. auch MARKERT, WuW 64, Heft 10, S. 841 ff.

marktwirtschaftlichen Gesamtkonzeption.

Doch auch im Außensektor erfolgte eine Umwandlung nach Anpassung an Westeuropa. Diese Entwicklung hatte ihren Ursprung im Beitritt zum IWF im Jahre 1958, führte über die Vollmitgliedschaft in der OECD am 20. 6. 1959 bis zum Beitritt im GATT mit Wirkung vom 30. 8. 1963. Bereits mehr als ein Jahr zuvor, am 9. 2. 1962 hatte die spanische Regierung den EWG-Ministerrat um Aufnahme von Verhandlungen wegen einer Assoziierung Spaniens und einem eventuellen späteren Beitritt angegangen ¹⁰⁸⁾, über den bis heute noch nicht entschieden ist. Wie die Chancen für einen Beitritt Spaniens in den kommenden Jahren zu beurteilen sind, mag dahingestellt bleiben. Jedenfalls sprechen die Ergebnisse der ersten beiden spanischen Entwicklungspläne der Jahre 1964 - 67 und 1968 - 71 für sich ¹⁰⁹⁾. Der 3. spanische Entwicklungsplan trägt den bisher gewonnenen Erkenntnissen Rechnung. Neu an ihm war jedoch, daß er wirtschaftliche Entwicklung nicht mehr einfach als wirtschaftliches Wachstum ansah, sondern als einen Prozeß sozialer Veränderungen. Förderung des Wettbewerbsprinzips, Verteilung der Mittel nach dem Marktmechanismus sowie die Ausrichtung aller Maßnahmen auf die fort-

108) Vgl. das Schreiben in seinem Wortlaut bei GARCIA-ECHEVARRIA, S. 74 Fußn. 8.

109) Vgl. hierzu im einzelnen die Jahresberichte der OECD: SPAIN, PARIS 1964 ff., sowie die Monats- und Jahresberichte der CÁMARA DE COMERCIO ALEMAÑA PARA ESPAÑA, Madrid, und die EXTEBANK-MONTHLY ECONOMIC REPORTS, der BANCO EXTERIOR DE ESPAÑA, Madrid.

schreitende Integration mit der EWG waren die ihn kennzeichnenden Richtlinien.

2. Grundnormen und Prinzipien der Wirtschafts- verfassung

a) Existenz der Wirtschaftsverfassung

Die Wirtschaftsverfassung liefert wichtige Anhaltspunkte bei der Bestimmung und Einordnung einer konkreten Wirtschaftsordnung. Die Beschreibung einer Wirtschaftsordnung durch eine Wirtschaftsverfassung wird erschwert, wenn keine "verfassungsrechtliche Grundentscheidung" ¹¹⁰⁾ in einem Staat getroffen wurde, sich vielmehr nur verschiedene Grundnormen und Prinzipien in bezug auf die Wirtschaftsordnung aus einzelnen Gesetzen ablesen lassen. Haben diese Gesetze Verfassungsrang, so kommt den einzelnen Prinzipien dann allerdings eine verfassungsrechtliche Ordnungsfunktion zu. Dies war in Spanien bis zum Jahre 1978 der Fall ¹¹¹⁾.

110) Zu diesem Begriff vgl. Fußn. 15 u. 16.

111) Auch in der BRD gibt es - trotz teilweise anderer Auffassungen - keine Wirtschaftsverfassung, d.h. in den Artikeln des GG findet sich keine Äußerung des Verfassungsgebers, aus der sich zweifelsfrei ergäbe, welche Wirtschaftsordnung vom Grundgesetz gefordert wird, bzw. erlaubt ist. Demgegenüber hat das BVerfG sich schon im sog. Investitionshilfeurteil (BVerfGE 4, 7 ff.) und in st. Rspr. für die wirtschaftliche Neutralität des GG entschieden, wirtschaftspolitische Neutralität in dem Sinne, daß dem Gesetzgeber ermöglicht werden soll, die jeweils sachgemäß erscheinende Wirtschaftspolitik zu verfolgen, sofern er dabei das GG beachtet. Das galt auch im Hinblick auf die Änderung des Art. 109 Abs. 2 - 4 GG in Verbindung mit dem Stabilitäts-

b) Die spanischen Grundgesetze bis 1978

Alle verfassungsrechtlichen Grundsätze ergeben sich bei uns aus dem Grundgesetz, in Spanien finden wir bis 1978 lediglich eine Reihe von nach und nach erlassenen Gesetzen, denen Verfassungscharakter zukommt ¹¹²⁾.

Den spanischen Grundgesetzen, den "leyes fundamentales" zuzuordnen waren somit nach Art. 10 ¹¹³⁾ des Gesetzes über die Nachfolge in der Staatsführung - "Ley de Sucesión en la jefatura del Estado" - folgende "Grundgesetze der Nation" in der Reihenfolge ihrer Verkündung:

gesetz. Zwar ist damit eine Staatszielbestimmung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts eingeführt worden, mit der Möglichkeit einer starken Beeinflussung der Wirtschaft. Jedoch bedeutet dies keine Umkehr von der marktwirtschaftlichen Basis, höchstens eine stärkere Akzentuierung der Lenkungs tendenz und eine rechtliche Legitimierung zur Globalsteuerung der Wirtschaft. Vgl. hierzu BVerfG in NJW 1971, 319 ff.; BENDA, NJW 67, 849 ff.; SCHEUNER, S. 66; BADURA, S. 57-60. Anerkannt ist, daß sich die Wirtschaftsordnung der BRD auf einer Reihe im GG enthaltenen Freiheitsrechte und Prinzipien aufbaut, denen wirtschaftsverfassungsrechtliche Ordnungsfunktionen zukommen. Vgl. etwa HUBER, Bd. I S. 30; BALLERSTEDT, S. 49 ff.; RINCK, Rdnr. 70 ff. sowie das BVerfG in laufender Rspr.

112) Zum Verfassungscharakter vgl. CANDELA MARTÍNEZ, S. 91 ff.

113) Abgesehen davon, daß diesen Gesetzen kraft Gesetzesdefinition Verfassungsrang zukommt, folgt dies auch aus Art. 10 Abs. 2 des Gesetzes, vgl. Fußn. 118, wonach die Zustimmung der Cortes und eine Volksbefragung (Referendum) zur Änderung oder Aufhebung dieser Gesetze nötig ist. Für gewöhnliche Gesetze ist demgegenüber eine Volksbefragung nicht notwendig.

- FUERO DEL TRABAJO ¹¹⁴⁾, Grundgesetz der Arbeit, 1938;
- LEY DE CREACIÓN DE LAS CORTES ESPAÑOLAS ¹¹⁵⁾, Gesetz über die Errichtung der spanischen Cortes, 1942;
- FUERO DE LOS ESPAÑOLES ¹¹⁶⁾, Grundgesetz der Spanier, 1945;
- LEY DEL REFERENDUM ¹¹⁷⁾, Gesetz über die Volksbefragung, 1945;
- LEY DE SUCESIÓN EN LA JEFATURA DEL ESTADO ¹¹⁸⁾, Gesetz über die Nachfolge in der Staatsführung, 1947;
- LEY DE PRINCIPIOS DE MOVIMIENTO NACIONAL ¹¹⁹⁾, Gesetz über die Grundsätze der Nationalen Bewegung, 1958;
- LEY ORGÁNICA DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO ¹²⁰⁾, Gesetz über die Staatsverwaltung, 1967.

114) Gesetz vom 9. 3. 1938, B.O.E. 10. 3. 38, erneuert durch das Ley orgánica vom 10. 1. 67.

115) Gesetz vom 17. 7. 1942, B.O.E. 19. 7. 42 und 11. 3. 46, geändert durch das Ley orgánica vom 10. 1. 67.

116) Gesetz vom 17. 7. 1945, B.O.E. 18. 7. 45, geändert durch das Ley orgánica vom 10. 1. 67.

117) Gesetz vom 22. 10. 1945, B.O.E. 24. 10. 45.

118) Gesetz vom 7. 6. 1947, B.O.E. vom 9. 6. 47, geändert durch das Ley orgánica vom 10. 1. 67, Gesetz vom 22. 7. 69.

119) Gesetz vom 17. 5. 1958, B.O.E. 19. 5. 58, umgearbeiteter Text vom 20. 4. 67.

120) Gesetz vom 10. 1. 67, umgearbeiteter Text vom 20. 4. 67. Vgl. auch die Übersicht der aufgezählten Gesetze bei VENTALLÓ VERGÉS, S. 25 ff.

c) Wirtschaftsverfassungsrechtliche Prinzipien

aa) Verhältnis Staat - Private

Von den, für die spanische Wirtschaftsordnung bedeutsame Prinzipien enthaltenden, Grundgesetzen, die vom Programm und den Ideen der FALANGE stark beeinflusst wurden, kam dem FUERO DEL TRABAJO für das Wirtschaftsleben die größte Bedeutung zu.

Die Präambel des FUERO DEL TRABAJO enthielt den Leitsatz, daß die "Wirtschaft unter die Politik unterzuordnen" sei, oder, anders ausgedrückt, "das Allgemeinwohl über dem persönlichen Interesse zu stehen habe". "Demzufolge sind alle Formen des Eigentums den höchsten Interessen der Nation unterzuordnen" ¹²¹⁾. Dies gilt auch für die Produktion ¹²²⁾. Das Gesetz über die Grundsätze der Nationalen Bewegung hob dieses Prinzip erneut hervor, wonach "die individuellen und kollektiven Interessen immer dem Gemeinwohl der Nation untergeordnet werden müssen".

Mit diesen Prinzipien hatte sich der spanische Staat die gesetzliche Grundlage für seine Vorherrschaft im Wirtschaftsleben und seinen oben schon näher beschriebenen Interventionismus geschaffen. In diesem Zusammenhang muß auch die Einordnung der Privatinitiative gesehen werden. Da die Verwirklichung des Allgemeinwohls im wesentlichen durch eine staatliche Intervention erreicht werden sollte, konnte es keine sich frei

121) FUERO DEL TRABAJO, a.a.O., Abschnitt XII, Abs. 1.

122) Vgl. FUERO DEL TRABAJO, a.a.O., Abschnitt XI, Abs. 1.

entfaltende Privatinitiative geben, sondern nur eine staatlich gelenkte und reglementierte. Die Privatinitiative wird zwar als "fruchtbare Quelle des wirtschaftlichen Lebens der Nation anerkannt" ¹²³⁾, sie soll jedoch nicht die entscheidende Grundlage für die Wirtschaftsordnung bilden. Zwar kann sie zum Vorteil des Allgemeinwohls genutzt werden - deshalb wird sie anerkannt -, jedoch muß sie "angeregt, geleitet und gegebenenfalls ergänzt werden durch staatliches Handeln" ¹²⁴⁾.

Etwa dasselbe gilt für das Privateigentum als Voraussetzung für privates Unternehmertum. Privateigentum, und damit auch ein solches an Produktionsmitteln, wird vom Staat anerkannt und geschützt ¹²⁵⁾. Demnach gibt es grundsätzlich eine Entscheidungsgewalt für das private Unternehmertum. Tatsächlich wurde sie jedoch durch den Interventionismus des Staates zum Teil erheblich eingeschränkt und damit eine weitgehende Lenkung der Privatinitiative vollzogen ¹²⁶⁾.

123) FUERO DEL TRABAJO, a.a.O., Abschnitt XI, Abs. 6.

124) Prinzip X des Gesetzes über die Grundsätze der Nationalen Bewegung.

125) FUERO DEL TRABAJO, a.a.O., Abschnitt XII, Abs. 1 Satz 1. FUERO DE LOS ESPAÑOLES, a.a.O., Art. 30, Abs. 1.

126) Die Wirtschaftsordnung der BRD wird demgegenüber nach allgem. Ansicht durch die persönliche Betätigungsfreiheit, auch auf wirtschaftlichem Gebiet, als Freiheitsrecht gem. Art. 2 GG charakterisiert. Eine Garantie hierfür besteht zwar nicht absolut, was sich aus der Unterwerfung der Freiheitsrechte unter das Sozialstaatsprinzip gem. Art. 20, 28 GG ergibt. Gleiches gilt hinsichtlich der sozialen Bindung gem. Art. 14 Abs. 2 GG der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG. Dennoch bleibt der Grundsatz der Vorherrschaft der

Bis zur Wende der spanischen Wirtschaftspolitik etwa im Jahre 1963 wird die spanische Wirtschaftsordnung somit durch einen punktuellen Interventionismus gekennzeichnet ¹²⁷⁾.

bb) Wirtschaftliche Betätigung der Privaten

Von besonderer Bedeutung ist in diesem Zusammenhang die Gewerbezulassung für die privaten Wirtschaftssubjekte. Bezeichnend ist hierbei, daß diese Materie betreffenden Vorschriften nicht in einem Grundgesetz enthalten waren, sondern in 'normalen' Gesetzen. Während bei uns die Gewerbefreiheit als verfassungsmäßiges Freiheitsrecht gewährleistet ist ¹²⁸⁾, entschied in Spanien zunächst der Staat im Einzelfall über Errichtung und Ausmaß von Gewerbebetrieben, die Gewerbezulassung wurde zu einem Instrument der Wirtschaftslenkung.

Gesetzliche Grundlage hierfür war das Gesetz über "Ordnung und Schutz von Industrie und nationaler Produktion" - ordenación y defensa de la industria y de la producción nacional ¹²⁹⁾ -, nach dessen

Privatinitiative bestehen, der Staat wird im Rahmen seiner Sozialgestaltung nur subsidiär tätig; vgl. z.B. STERN, DöV 1961, S. 325 ff.; HUBER, DöV 1956, S. 135, 140.

127) Vgl. BRÖSSE, S. 10; KÖRBER, S. 12.

128) Dies wird aus Art. 2 I und Art. 12 I des GG gefolgert, vgl. z.B. HUBER, DöV 1956, S. 135/140; BALLERSTEDT, S. 80 ff. Bei Erfüllung vom Gesetz normierter Voraussetzungen besteht sogar ein Rechtsanspruch, vgl. §§ 1 Abs. 1, 18, 35 Abs. 6 GewO.

129) Gesetz vom 24. 11. 39, B.O.E. 15. 12. 39.

Art. 4 Abs. 1 a Gewerbebetriebe bei ihrer Errichtung oder Ausdehnung und Standortveränderung einer Genehmigung bedurften. Schon aus der Zielsetzung des Gesetzes folgt, daß der spanische Staat die Genehmigung von objektiven Voraussetzungen abhängig machte, nämlich ob der einheimische Markt für die vom zu errichtenden Gewerbebetrieb produzierten Waren noch aufnahmefähig war, ob ein Bedürfnis für Erweiterung und Verlegung vorlag und dgl. Auf persönliche Fähigkeiten, Kenntnisse oder Zuverlässigkeit - Kriterien, die nach deutschem Recht den Zugang zum Gewerbe bestimmen ¹³⁰⁾ - kam es nicht an, sondern die Anzahl bereits vorhandener Unternehmen derselben Branche bestimmte die Erteilung der Genehmigung ¹³¹⁾. Damit beeinflusste der Staat direkt den Wettbewerb zwischen den Unternehmen, da die Versagung einer Genehmigung eines weiteren Betriebes in einem bestehenden Produktionszweig konkurrenzschützenden Charakter hatte, eine Maßnahme, die mit den Prinzipien der deutschen Wirtschaftsordnung unvereinbar wäre ¹³²⁾. Zu verstehen sind derartige Maßnahmen nur unter dem Gesichtspunkt der in Spanien lange Zeit herrschenden wirtschaftspolitischen Zielsetzungen: Bildung wirtschaftlicher Schwerpunkte

130) Vgl. etwa die Vorschriften der §§ 6 Abs. 1, 7 Abs. 1, 41 HandwO; §§ 30, 34 a, 57 GewO, die letztlich gem. der Generalklausel des § 35 GewO einen Schutz der Allgemeinheit bei der Konzessionierung bezwecken.

131) Vgl. Orden de la Delegación Nacional de Sindicatos vom 21. 7. 1951, B.O.S. Nr. 204 vom 18. 7. 51.

132) Siehe BVerfGE 7, 377; RINCK, Rdnr. 145 ff. und 152 ff.

und Schaffung wirtschaftlicher Autarkie ¹³³⁾.

Die Wandlung der spanischen Wirtschaftspolitik seit Anfang der 60er Jahre ¹³⁴⁾ hat auch auf dem hier interessierenden Bereich zu Veränderungen geführt. Auf interventionistische Maßnahmen wird mehr und mehr zugunsten privater wirtschaftlicher Betätigungsfreiheit verzichtet. Dieser Einstellung trägt die Präambel des Dekrets vom 26. 1. 1963 über die "Errichtung von Gewerbebetrieben" ¹³⁵⁾ Rechnung, worin es heißt: "Die fortschreitende Liberalisierung der spanischen Wirtschaft und die Notwendigkeit eines wachsenden Wettbewerbs, der Preissteigerungstendenzen bei den Erzeugnissen vermeiden soll, erfordern, daß die Vorschriften erlassen werden, die notwendig sind, um den Beitrag der Privatinitiative zu wirtschaftlicher Entwicklung Spaniens zu erleichtern und anzuregen". Damit hat auch der spanische Unternehmer eine "gewisse Gewerbebefreiheit und Entfaltungsfreiheit erlangt, die nur noch durch im wesentlichen strukturelle politische Ziele beschränkt werden kann" ¹³⁶⁾.

133) Hierzu zählen neben den Maßnahmen der Gewerbezulassung vor allem die Vergünstigungen, die den "Unternehmen von nationalen Interesse" zuteil wurden, vgl. Gesetz vom 24. 10. 1939, B.O.E. 25. 10. 39, oder die "Delegation in der Stahlindustrie" vom 19. 12. 1940, B.O.E. 20. 12. 40, inzwischen wieder durch Dekret vom 15. 10. 1959, B.O.E. 17. 10. 59 abgeschafft. Aber auch die aktive Unternehmerrolle des spanischen Staates in der Form des Nationalen Industrie Instituts - INI, Gesetz vom 25. 9. 1941, B.O.E. 30. 9. 41 zählt hierzu. Ebenso behielt sich der spanische Staat lange Zeit die Preisfestsetzung vor, die die JUNTA SUPERIOR DE PRECIOS, gegr. durch Gesetz vom 6. 11. 1941, B.O.E. 11. 11. 41, inzwischen wieder aufgelöst durch Dekret vom 12. 9. 1959, B.O.E. 16. 9. 59, wahrnahm.

134) Ausgangspunkt ist wohl die Entscheidung, sich dem westeuropäischen Raum in wirtschaftlicher Hinsicht anzupassen, was durch das Assoziierungs-gesuch, s. oben Fußn. 108, zum Ausdruck kommt.

d) Der Wettbewerb unter dem Einfluß von Wirtschaftsordnung und Wirtschaftsverfassung

Die bisherigen Ausführungen haben gezeigt, daß in Spanien die Lenkung des Wirtschaftsprozesses nicht über den Markt und die Konkurrenz erfolgte, der Wettbewerb als Mittel der Wirtschaftssteuerung ¹³⁷⁾ also abgelehnt wurde ¹³⁸⁾, sondern durch staatliche Eingriffe gekennzeichnet ist. Allerdings kann diese Beschreibung der spanischen Wirtschaftsordnung nur bis zum Ende der 50er Jahre aufrechterhalten werden. Immerhin hat in der spanischen Wirtschaft bis zu dieser Wende kaum Wettbewerb stattgefunden, verhindert durch die bereits erwähnten Maßnahmen im Rahmen des staatlichen Interventionismus. Zwar wurde die Privatinitiative durch Gesetze mit Verfassungsrang anerkannt, in der Tat jedoch so eingeengt, daß sie sich nicht entfalten konnte.

Mit dem Beginn der Liberalisierung etwa ab 1960/1961 kommt auch dem Wettbewerb in Spanien größere Bedeutung zu. Dies folgt nicht nur

135) Dekret vom 26. 1. 63, B.O.E. 29. 1. 1963.

136) Vgl. Art. 2 Abs. 1, Art. 4 des Dekrets, wonach technische Bedingungen und Minimalgrößen die Voraussetzungen für die Genehmigung darstellen.

137) Was nach RÖPKE, S. 33 der freiheitlichen, marktwirtschaftlichen Ordnung wie der BRD allein entspricht, und die das Bundeskartellamt in seinen Presseinformationen Nr. 60/72 = WuW 72, 636 ff. als "demokratischste Form der Wirtschaftsordnung" bezeichnet.

138) Siehe z.B. von der FALANGE und in der Zeit des Interventionismus.

aus der Tatsache, daß im Rahmen der Integrationsbemühungen Spaniens im Hinblick auf die west-europäischen Länder automatisch eine Angleichung an deren Marktgesetze erfolgen wird, sondern wurde ausdrücklich in den gesetzgeberischen Motiven zum "Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen" vom 20. 7. 1963 begründet: "Aufbauend auf dem System des Privatunternehmens und des Marktes müssen für die Unternehmerinitiative Bedingungen geschaffen werden, die eine größtmögliche Entfaltung der wirtschaftlichen Freiheit erlauben, nicht allein durch die Beseitigung staatlicher Interventionen, sondern durch die Errichtung eines entsprechenden Rahmens, der dem gesamten Wirtschaftssystem ein weiteres Maß an Beweglichkeit garantiert" 139).

-
- 139) Einleitung zum Gesetz vom 20. 7. 63, B.O.E. 23. 7. 1963, Einleitung I, 1 - 3.

Fraglich blieb trotz der klaren Aussage des Gesetzgebers, welche Rangordnung einer derartigen Regelung zukommt, zumal damit eine Diskrepanz zwischen den Gesetzen mit Verfassungsrang und den einfachen, wirtschaftliche Freiheiten schaffenden, Gesetzen entstand. Der tatsächliche Einfluß auf die Wirtschaftsordnung - wie auch z.B. durch die neue Regelung der Gewerbezulassung, vgl. Fußn. 135 - war unbestreitbar. Allerdings ging der spanische Staat zunächst nicht soweit, die Transformation seiner Wirtschaftsordnung nun auch verfassungsrechtlich zu institutionalisieren. So gesehen fehlte es in bezug auf die wirtschaftlichen Verhältnisse lange in Spanien an einer "verfassungsrechtlichen Grundentscheidung". Zwar war eine solche aus einzelnen Prinzipien ablesbar, diese waren jedoch in Wirklichkeit durch eine Reihe von Gesetzen modifiziert worden, die den privaten Wirtschaftssubjekten gewisse Freiheiten und Chancen eingeräumt haben, so daß man in Spanien von "verfassungserweiternden Tendenzen" sprechen konnte. Solange diese tatsächlich Erleichterungen und Freiheiten für die einzelnen brachten, war die Frage der Gewährleistung durch die Verfassung nicht unmittelbar akut.

3. Die Verfassung von 1978 und ihr wirtschafts- verfassungsrechtlicher Inhalt

a) Allgemeine Grundsätze

Bei Verfassungsjuristen besteht keine Einigkeit darüber, ob die Wirtschaftsverfassung, la "constitución económica", im Sinne einer verfassungsrechtlichen Grundentscheidung ¹⁴⁰⁾ in der politischen Verfassung eines Landes enthalten sein muß oder sogar die Existenz eines bestimmten Wirtschaftssystems garantiert werden muß, oder ob es ausreicht, wenn eine Verfassung in ihrer wirtschaftspolitischen Aussage neutral ¹⁴¹⁾ bleibt und der Gesetzgeber aufgerufen wird, dem jeweiligen wirtschaftspolitischen Zweck entsprechend aktiv zu werden und so die Verfassung durch entsprechende Gesetze auszufüllen.

Drei Materien sollte allerdings jede Verfassung konstitutiv erfassen ¹⁴²⁾, da ohne diese eine Wirtschaftspolitik einerseits unmöglich wäre, andererseits unternehmerisches Handeln von vornherein seiner Ausgangsbasis beraubt wäre:

1. Errichtung einer Eigentumsordnung und Regelung der Ausgestaltung ihrer Erscheinungsformen
2. Regelung der Beziehung zwischen den Wirtschaftssubjekten
3. Verteilung der Kompetenz zwischen Staat und den Wirtschaftssubjekten bzw. Wirtschaftsgruppen der Gesellschaft

140) Vgl. Fußn. 15, 16 und 110; FONT GALAN, RDM 152, S. 205 ff.; SANCHEZ CALERO, S. 22; PADILLA SERRA, S. 198.

141) Siehe Kapitel II. Teil, II, 2 a, Fußn. 111; für Spanien DUQUE, a.a.O., der meint, in der spanischen Verfassung handle es sich nur um eine formale Aussage, ein System werde dadurch nicht begründet.

142) GARCIA-PELAYO, S. 32; zu fragen ist hinsichtlich der Wirtschaftsordnung nach den verfassungsrechtlichen Determinanten.

b) Die Eigentumsordnung

Da der spanische Staat sich kraft eigener Verfassungsdefinition in Art. 1 der Verfassung als Sozialstaat begreift ("España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, ...") und verwirklichen will, ist bereits klargestellt, welche Ausformung das Eigentum des einzelnen, der Gesellschaft insgesamt haben wird und in welche Bindungen das Eigentum andererseits eingewoben ist.

aa) Privateigentum ist nach Art. 33, 1 ein bürgerliches Grundrecht, das vom Staat anerkannt wird. Gleichzeitig ist damit auch die Voraussetzung für die in Art. 38 geschützte unternehmerische Freiheit und die Marktwirtschaft geschaffen.

bb) Die spanische Verfassung erkennt indessen auch an, daß es ein öffentliches Eigentum gibt, nämlich dann, wenn das Allgemeininteresse erfordert, daß ein wichtiger Wirtschaftszweig durch Gesetz dem Staat und damit der Allgemeinheit vorbehalten bleibt, Art. 128, 2.

Auch der Zugang zu den Produktionsmitteln soll der schaffenden Bevölkerung mittels geeigneter Maßnahmen ermöglicht werden, Art. 129, 2.

Schließlich ist der gesamte Reichtum des Landes in seiner Vielfalt dem Allgemeininteresse unterworfen, Art. 128, 1.

cc) Dies sind die wichtigsten Grundsätze der Verfassung, soweit sie die Eigentumsordnung betreffen.

Auf den ersten Blick mag vielleicht kein Unterschied zu den Regelungen im FUERO DEL TRABAJO bestehen. Was indessen entscheidend ist, ist die Tatsache, daß nunmehr in der Verfassung als Grundrecht das Eigentum anerkannt wird und eine Beschränkung nur auf gesetzlicher Ebene durchgeführt werden kann ¹⁴³⁾. Ein Gesetz muß bestimmen, was im Einzelfall 'Sozialfunktion des Eigentums' bedeutet (la función social de propiedad), wann eine Enteignung aus Gründen des Gemeinnutzens oder dem Sozialinteresse nötig und geboten erscheint, was dem öffentlichen und was dem privaten Bereich zuzuordnen ist.

c) Die Marktwirtschaft als Verfassungsprinzip

Soweit wir oben feststellen konnten, daß sich alle Verfassungen Europas mehr oder weniger bezüglich einer Aussage über eine Wirtschaftsverfassung neutral verhalten ¹⁴⁴⁾, trifft dies für die spanische Verfassung nicht zu.

Im Gegenteil - als wäre nach jahrelanger Fehlentwicklungen der Wirtschaft nur mit einem Leitsatz in der Verfassung die Zukunft jeglicher Wirtschaftsplanung und Entwicklung zu bestimmen -, die spanische Verfassung bekennt sich als einzige von allen europäischen Verfassungen ¹⁴⁵⁾ in Art. 38 zur "unternehmerischen Freiheit im Rahmen der Marktwirtschaft" ¹⁴⁶⁾.

143) Vgl. GARCIA-PELAYO, S. 36; sowie FONT GALAN, RDM 79, S. 217 und S. 223 mit den dortigen Hinweisen.

144) Siehe Fußn. 111.

145) Allenfalls Art. 41 der italienischen Verfassung ist vergleichbar: "... wirtschaftliche Privatinitiative soll frei sein".

146) "Reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado". ROJO FERNANDEZ-RIO sieht darin nur als Kompromiß eine wertneutrale Aussage, S. 211.

Das Gesetz über "Ordnung und Schutz von Industrie und nationaler Produktion" von 1939 ist damit aufgehoben worden, nunmehr ist die unternehmerische Freiheit bei der Errichtung von Gewerbebetrieben - noch ein Postulat in der Präambel des Dekrets vom 26. 1. 63 über die "Errichtung von Gewerbebetrieben" ¹⁴⁷⁾ - ein garantiertes Verfassungsrecht geworden.

Damit hat der Verfassungsgeber in Spanien eine klare Stellung bezogen, daß - wie schon in den Motiven zum "Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen von 1963" ausgeführt wurde ¹⁴⁸⁾ - das gesamte Wirtschaftssystem nur auf einem System des Privatunternehmertums und des Marktes eine größtmögliche Entfaltung und Beweglichkeit erreichen kann.

Beide Begriffe des Art. 38 der Verfassung verdienen eine kurze nähere Betrachtung, da auch sie - wie schon beim Grundrecht des Privateigentums nach der Verfassung, Art. 33, 1, ausgeführt wurde - nicht absolut gelten sollen und können.

Zur Beantwortung der Frage, welche Ausformung von Marktwirtschaft die spanische Verfassung wirklich will, ist eine Einordnung in die denkbaren Wirtschaftsordnungen erforderlich.

Die spanische Rechtslehre, d.h. die Verfassungsrechtler ¹⁴⁹⁾, unterscheiden innerhalb des Begriffes 'Marktwirtschaft' drei mögliche Erscheinungsformen:

147) Vgl. Fußn. 135.

148) Vgl. S. 41 und Fußn. 139.

149) Z.B. GARCIA-Pelayo, S. 40/41.

- a) Die freie Marktwirtschaft (la economía libre de mercado):

Eine Marktwirtschaft, die sich bei völliger Regelungsenthaltsamkeit des Staates nach Angebot und Nachfrage, d.h. letztlich über den Preis und Entscheidungen des Verbrauchers reguliert.

- b) Die soziale Marktwirtschaft (la economía social de mercado):

Sie erkennt den freien Wettbewerb als das beste System für das Wohl aller an, für den wirtschaftlichen wie technologischen Fortschritt, jedoch mit der Einschränkung - und insoweit wird sie soziale Marktwirtschaft genannt -, daß ihr Konzept erlaubt, daß der Staat in gewissen Teilbereichen ein Interventionsrecht haben soll: Verhinderung der Monopolbildung zur Aufrechterhaltung des Wettbewerbs, Stabilhaltung der Preise, kurzum Negativwirkungen von Auswüchsen zu verhindern.

- c) Die gelenkte Marktwirtschaft (la economía dirigida (o contralada) de mercado):

Eine Wirtschaft, die auf den vorerwähnten Funktionen aufbaut, bei der aber Fälle denkbar sind, die aufgrund der Eigenmechanismen nicht von den Marktsubjekten allein bewältigt werden können: Wachstumssteigerung (promoción de crecimiento), Vollbeschäftigung (pleno empleo), Geld-Preisstabilität (estabilidad monetaria), Umweltschutz (protección del ambiente) und dergleichen mehr ¹⁵⁰⁾.

In diesen Fällen soll der Staat mit einer umfassenden Wirtschaftsplanung (planificación general) leiten und lenken, nicht jedoch imperativ ein-

150) FONT GALAN in seiner Untersuchung über den wirtschaftlichen Teil der Verfassung in RDM 79, S. 205 ff., meint daher, das Marktmodell der

schreiten, wie noch zu Zeiten des Interventionismus der Fall.

Art. 38 der spanischen Verfassung ordnet die zu verwirklichende Marktwirtschaft unter die letzte Alternative: Garantie der Freiheit des Unternehmens und der Marktwirtschaft "in Übereinstimmung mit den Erfordernissen der Gesamtwirtschaft und, je nachdem, der aufgestellten Planung" ¹⁵¹⁾.

Die Freiheit des Marktes kann folglich begrenzt werden, Art. 131: "Mittels Gesetz kann der Staat die Entfaltung der Gesamtwirtschaft planen, allerdings hat der Plan liberal zu sein, d.h. nach demokratischen Prinzipien und mit allen in Frage kommenden Interessengruppen und Verbänden abgestimmt und erarbeitet und dann durch Gesetz

spanischen Verfassung basiere auf einem unvollkommenen Wirtschaftswettbewerb (competencia económica imperfecta), da Monopolbildung möglich sei und als Ausnahmestand (posibilidad excepcional) sogar gesetzlich geregelt werden kann.

- 151) FONT GALAN, S. 229 ff., folgert aus der Formulierung in der Verfassung: "en su caso", daß dem Staat zur Wirtschaftsplanung eine "option" eingeräumt werde. Im übrigen sei Art. 131, 1 restriktiv auszulegen, daß nämlich nur Objekt staatlicher Planung die allgemeine wirtschaftliche Betätigung sein soll, nicht aber das Einzelunternehmen in seiner Organisation, seinem eigenen Risiko, seiner Auswahl der Güter und Leistungen. Darüber hinaus weist FONT GALAN zu Recht darauf hin, daß somit von der Verfassung 2 Prinzipien gleichrangig - im Sinne eines Wirtschaftswettbewerbs - nebeneinandergesetzt wurden: principio de libertad de empresa, Art. 38 iniciativa pública en la actividad económica, Art. 128, 2.

vom Parlament bestätigt" 152).

Abschließend läßt sich nach dieser kurzen Betrachtung festhalten, daß Spanien mit seiner Verfassung von 1978 alle Grundvoraussetzungen geschaffen hat, die begonnenen Integrationsbemühungen innerhalb Europas erfolgreich weiterzufolgen.

Es wird allerdings dem Gesetzgeber und der Wirtschaftspolitik der nächsten Jahre überlassen sein, die Leitsätze der Verfassung in eine für Spanien neue Realität umzuwandeln, d.h. sie zu konkretisieren und aktualisieren 153).

Soweit der hier zu untersuchende Wettbewerb in Rede steht, läßt sich damit feststellen, daß erst in der jüngeren Geschichte Spaniens Verhältnisse vorliegen, die Wettbewerb unserer Prägung zulassen könnten.

152) TAMAMES, España, S. 86 ff., nennt sie eine gute Mischung aus Marktwirtschaft und Staatslenkung.

153) Dazu in Deutschland: BADURA, Die Verfassung als Auftrag, WiR 1974, 1 ff. (2); ROJO FERNANDEZ-RIO, S. 214 ff., fordert infolge der Zusammenhanglosigkeit und dem Vorhandensein widersprüchlicher Prinzipien eine umfassende Rechtsreform, die bei Einbeziehung Spaniens in die EWG bereits vollzogen sein sollte. Dabei bezieht er sich auf die unzureichende Anwendbarkeit des Gesetzes vom 20.7.63 und z.B. das veraltete Aktiengesetz.

DRITTER TEIL

Die rechtliche Regelung des Wettbewerbs

I. Allgemeines

Hat sich ein Staat für den wirtschaftlichen Wettbewerb als Ordnungsprinzip der Wirtschaftsordnung entschieden, so obliegt ihm die Aufgabe der rechtlichen Regelung des selbständigen Verhaltens der Wirtschaftssubjekte, und zwar in zweierlei Hinsicht.

Damit der Wettbewerb überhaupt das Wirtschaftsgeschehen steuern kann, bedarf es einer existenzschützenden Regelung, die den Wettbewerb einerseits ermöglicht und ihm zum anderen gewisse Grenzen auferlegt, damit die Wettbewerbsfreiheit nicht künstlich ausgeschaltet werden kann. Der Wettbewerb bedarf aber auch einer inhaltlichen Gestaltung durch das Recht, damit er nicht ausartet. Existenzschutz des Wettbewerbs einerseits, Qualitätsschutz andererseits sind die Schlagworte, mit denen man die Schutzfunktionen des Wettbewerbsrechts bezeichnen kann¹⁵⁴⁾. In Deutschland hat sich mittlerweile die Ansicht durchgesetzt, daß es sich bei beiden Aufgabebereichen um Teilbereiche einer im Sinnzusammenhang stehenden einheitlichen Gesamtordnung handelt. Beide Rechtsgebiete schützen ein ihnen übergeordnetes Schutzgut, die Institution des Wettbewerbs als einer selbständigen Ordnungsein-

154) Vgl. hierzu BAUMBACH-HEFERMEHL, S. 76; GARRIGUES, Curso, S. 197; SANCHEZ CALERO, S. 110; vgl. auch SCHNEIDAWIND, S. 566, der aus der Grundentscheidung eines Staates die Schutzpflicht gegenüber der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs folgert.

heit des sozialen Lebens ¹⁵⁵⁾.

In Spanien dagegen wurde dem Wettbewerb bis in die neueste Zeit eine derartige Gesamtordnungsfunktion nicht beigemessen. Dies liegt zum Teil daran, daß der Wettbewerb erst in aller neuester Zeit als Ordnungselement für den Markt und die Wirtschaft dem Grunde nach anerkannt wurde ¹⁵⁶⁾, was sich vor allem in den Motiven zum spanischen Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und der Verfassung zeigt. Es ging dem spanischen Staat vorrangig erst einmal darum, Wettbewerb existent zu machen und die ihm innewohnenden leistungssteigernden Tendenzen für die erstrebte wirtschaftliche Entwicklung nutzbar zu machen. Demzufolge läßt sich die Annahme rechtfertigen, die durch das Gesetz bezweckte Sicherung und Förderung des Wettbewerbs beruhe letztlich auf wirtschafts- und gesellschaftspolitischen Erwägungen ¹⁵⁷⁾.

So deutlich die Zielsetzung dieses Gesetzes im Hinblick auf eine Wettbewerbsordnung erkennbar ist, so wenig lassen sich im spanischen Recht Ansatzpunkte feststellen, die den Schluß zuließen, auch die Art und Weise des Wettbewerbs werde im Rahmen einer einheitlichen Wettbewerbsgesamtordnung als regelungsbedürftig angesehen. Die Doppelfunktion des Wettbewerbsrechts wird zwar vom spanischen Schrifttum allgemein gese-

155) Vgl. BAUMBACH-HEFERMEHL, S. 82-86 und die dort angegebenen weiteren Literaturhinweise.

156) Dafür beziehen wir uns auf die Ausführungen im 2. Teil dieser Arbeit.

157) Vgl. dazu die Motive des erwähnten Gesetzes vom 20. 7. 1963, B.O.E. 23. 7. 63.

hen und als notwendig bezeichnet ¹⁵⁸⁾. Aus der Stellung der die Materie des unlauteren Wettbewerbs regelnden Vorschriften in dem betreffenden Gesetz sowie der von der Literatur einhellig vorgenommenen Einordnung des Rechts des unlauteren Wettbewerbs als ein dem Schutz des Unternehmers und seines Unternehmens dienendes Rechtsinstitut ¹⁵⁹⁾ folgt jedoch, daß dem Recht des unlauteren Wettbewerbs nicht die Rolle des zweiten, die Gesamtordnung des Wettbewerbs mittragenden, Schutzelements zukommt ¹⁶⁰⁾.

-
- 158) Vgl. z.B. URÍA, S. 53 ff.; CALERO, S. 79 ff.; GARRIGUES, S. 197. Diese Autoren unterscheiden sich damit nicht von dem Schrifttum des übrigen Europa. Festzuhalten bleibt jedoch, daß sie theoretisch das Wettbewerbsrecht mit seiner Doppelfunktion anerkennen, in Wirklichkeit die vorhandene spanische gesetzliche Regelung für einen solchen Schluß keinen Anhaltspunkt liefert.
- 159) So ordnen die unter der Fußn. 158 aufgeführten Autoren das Recht des unlauteren Wettbewerbs dem Unternehmer als Schutzinstrument vor unlauteren Wettbewerb gegenüber seinem Unternehmen zu: La protección de la empresa contra la competencia ilícita.
- 160) Die spanische Literatur, vgl. Fußn. 158, sieht zwar die Notwendigkeit einer Regelung des unlauteren Wettbewerbs als Ergänzung zum Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen, räumt jedoch offen ein, daß die hierzu geltenden Vorschriften lediglich eine 'fragmentarische' (fragmentaria), 'unbefriedigende' (no del todo satisfactoria), 'ärmliche' (pobre), 'mangelhafte' (defectuosa) Regelung darstellen, die den Schutz des lauten Wettbewerbs mit "lächerlichen Sanktionen" (sanciones irrisorias) zu erreichen suchen. Vgl. dazu insbes. SANCHEZ CALERO, S. 114/115. Darüber hinaus herrscht Uneinigkeit darüber, welche Vorschriften überhaupt das Recht des unlauteren Wettbewerbs ausmachen, dazu vgl. die Ausführungen weiter unten.

II. Die Wettbewerbsrechte

1. Das Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen

Das Verhalten der Wirtschaftssubjekte auf dem Markt hinsichtlich ihrer Beziehungen untereinander und gegenüber dem Staat zwecks Ermöglichung und Erhaltung des Wettbewerbs wird vom Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen geregelt. Gegenseitige Absprachen von Unternehmen oder Ausnutzung der wirtschaftlichen Machtstellung und damit Einschränkung oder gar Ausschaltung des Wettbewerbs soll das Gesetz verhindern.

In dieser Hinsicht ist in Spanien das: "Ley sobre represión de las practicas restrictivas de la competencia" vom 20. 7. 1963 in Kraft ¹⁶¹⁾ getreten. Das am 1. Januar 1964 in Kraft getretene "Gesetz zur Verhinderung wettbewerbsbeschränkender Praktiken", bei dessen Ausarbeitung eine Reihe europäischer Länder Pate gestanden haben, enthält ähnlich wie das deutsche GWB ein generelles Kartellverbot in Art. 1 und ein Verbot mißbräuchlicher Praktiken marktbeherrschender Unternehmen oder Unternehmensgruppen in Art. 2 Abs. 1 ¹⁶²⁾. Diese beiden Grundsatzartikel stimmen fast wörtlich mit den Artikeln 85 und 86 des EWG-Vertrages (Verbot wettbewerbsbehindernder Vereinbarungen und mißbräuchlicher Ausnutzung marktbeherrschender

161) B.O.E. 23. 7. 1963, deutscher Text in: WuW 1964, Heft 3, S. 226 ff. Mit Dekret vom 4. 3. 1965 wurde durch das 'Reglamento del Tribunal de Defensa de la Competencia' die Zuständigkeit und das Verfahren vor diesem "Gericht" geregelt.

162) Zu den weiteren Vorschriften vgl. WuW 64, S. 226 ff.

Stellungen) überein ¹⁶³⁾. Daraus folgt, daß hauptsächlich eine wirtschaftspolitische Entscheidung den Gesetzgeber veranlaßt hat, mit Hilfe dieses Gesetzes zu einer marktwirtschaftlichen Gesamtkonzeption zu gelangen. Andererseits ergibt sich aus der Einleitung zum Gesetz sowie aus Art. 5, daß das Gesetz nicht eine bereits bestehende Wettbewerbsordnung gegen jeden Wettbewerb einschränkende Machtkonzentration schützen will. So wird in der Einleitung ¹⁶⁴⁾ ausdrücklich hervorgehoben, daß das Wettbewerbsgesetz keineswegs die Konzentration verhindern wolle. Eine solche sei in Spanien vielmehr geboten, da mehr als 90 % der Unternehmen fünf oder weniger Arbeitnehmer zählen. Darüber hinaus kann das "Tribunal de Defensa de la Competencia" ¹⁶⁵⁾ Verträge und Absprachen genehmigen, die dem Nutzen der Volkswirtschaft dienen und zugleich die Verbraucher an den Vorteilen der Vereinbarungen teilhaben lassen ¹⁶⁶⁾.

163) MARKERT, WuW, S. 854 f. begründet die enge "Anlehnung der materiellen Bestimmungen des Gesetzes an die Regelung der Art. 85 u. 86 EWG-Vertrag" hauptsächlich damit, daß in Spanien "ein möglicher späterer Anschluß an die EWG" dabei eine Rolle gespielt habe.

164) Einleitung Abschnitt I, 3.

165) Tribunal zum Schutze des Wettbewerbs, Art. 7, das für die im Gesetz vorgesehenen feststehenden Entscheidungen zuständig ist, Art. 10.

166) So Art. 5 Abs. 1. Diese Regelung sollte z.B. für Rationalisierungs-, Krisen-, Export- und Importkartelle gelten, Art. 5 Abs. 2. Über die Tätigkeit des Tribunal de Defensa de la Competencia vgl. die Entscheidungsberichte in WuW, Fußn. 107 sowie die z.T. rezensierten Entscheidungen in RDM.

Das spanische Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen stellt sich somit dar als ein Instrument, mit dem eine Wettbewerbsordnung geschaffen werden sollte durch Verhinderung wettbewerbsschädlicher Konzentrationen einerseits, Unterstützung und Schaffung erwünschter Konzentrationen andererseits, diese jedoch nur, soweit sie dem Nutzen der Volkswirtschaft dienen.

2. Das Recht gegen unlauteren Wettbewerb

Dem Recht gegen den unlauteren Wettbewerb fällt der sog. Qualitätsschutz des Wettbewerbs zu. Es soll Handlungen der Wirtschaftssubjekte auf dem Markt bekämpfen, die im Widerspruch zu dem Sinn des wirtschaftlichen Wettbewerbs stehen. Die bessere Leistung nach Güte, Preis und sonstigen Bedingungen soll für den wirtschaftlichen Vorteil ausschlaggebend sein ¹⁶⁷⁾. Den Wirtschafts-

167) Die Ansicht gilt allgemein für alle europäischen Wettbewerbsordnungen, wonach Leistungswettbewerb dadurch gekennzeichnet ist, daß ein Kampf der Mitbewerber um das Publikum nicht gegeneinander, sondern nebeneinander erfolgt, wobei die Leistung den Ausschlag für den Erfolg gibt, vgl. NORDEMANN, S. 38. So auch GARRIGUES, Curso, S. 196, der davon ausgeht, daß die Mitbewerber beim wirtschaftlichen Wettbewerb die Kundschaft durch die bessere Leistung zu gewinnen trachten. Dabei setzt er jedoch voraus, daß die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit dem Unternehmer gestattet, Preis, Qualität und sonstige Bedingungen frei festzulegen. In Anbetracht der Ausführungen im 2. Teil dieser Arbeit dürfte von einem Wettbewerb, der durch die bessere Leistung bestimmt wird, nicht immer die Rede sein. Vgl. auch FERNÁNDEZ-NOVOA, Reflexiones, RDM 1965, S. 33.

subjekten ist bei ihrem Verhalten auf dem Markt jedoch die Eigenschaft immanent, sich den wirtschaftlichen Vorteil auf möglichst leichte Weise zu verschaffen. Die Erfahrung hat gezeigt, daß der wirtschaftliche Kampf zwischen den Unternehmern immer wieder Mißbräuche hervorruft, die es nötig machen, die Wettbewerbsfreiheit einzuschränken. Zu dieser Überzeugung gelangte man, da man erkannte, daß auch die wirtschaftliche Freiheit "sub lege" ist ¹⁶⁸⁾, d.h. daß sie für jeden einzelnen zumindest dadurch beschränkt wird, daß gleichzeitig auch allen anderen die gleiche Freiheit garantiert werden muß ¹⁶⁹⁾. Stellt sich somit die Wettbewerbsfreiheit als "Gleichheit der Mitbewerber vor dem Recht" ¹⁷⁰⁾ dar, so ergibt sich zwangsläufig, daß das Recht auch die nötigen Schranken erzeugen mußte, wozu die Wettbewerbsfreiheit allein nicht in der Lage ist ¹⁷¹⁾. Da sie dem einzelnen nur mit und neben anderen Wirtschaftssubjekten zusteht, ist ein Schutz gegen unlautere wettbewerbliche Betätigung unerlässlich ¹⁷²⁾.

168) Vgl. BAUMBACH-HEFERMEHL, S. 46, 83; GARRIGUES, Curso, S. 197.

169) Vgl. ROTONDI, S. 533.

170) Vgl. GARRIGUES, S. 197: "Libre competencia, en sentido jurídico, significa igualdad de los competidores ante el Derecho"; so auch ROTONDI, S. 534; GARRIGUES, La defensa, S. 12/13.

171) Dies widerspricht nicht dem vom GWB geschützten freien Wettbewerb, das nur den lautereren und erlaubten Wettbewerb schützt, vgl. § 28 II GWB sowie Art. 3 d des spanischen Gesetzes gegen wettbewerbsbeschränkende Praktiken.

172) Vgl. BAUMBACH-HEFERMEHL, S. 83.

So umfassend wurden die Schutzfunktionen eines Rechts gegen unlauteren Wettbewerb nicht gesehen und als regelungsbedürftig empfunden, als man in Spanien daran ging, "gewisse Wettbewerbs-handlungen als unlauter zu erklären" ¹⁷³⁾. Vor allem in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts, das auch Spanien mit dem Liberalismus die unternehmerische Freiheit gebracht hatte ¹⁷⁴⁾, kam das Bedürfnis auf, dem Wettbewerb Grenzen zu setzen, "der - zunächst ausgezeichnet und erfolgreich - sich rasch in das Gegenteil veränderte und in nicht mehr zulässige Extreme ausartete" ¹⁷⁵⁾. "Dabei waren die Möglichkeiten des Mißbrauchs zahlreich und verschiedenartig, aber die am häufigsten vorkommenden und am besten zu definierenden bestanden im ungesetzlichen Gebrauch all jener Zeichen, die die Händler und Fabrikanten benutzten, um die Herkunft und Qualität ihrer Produkte zu bekräftigen sowie die Kundschaft zu erhalten und zu vermehren. Daher beschränkte sich die erste positive Regelung der Unterdrückung des unlauteren Wettbewerbs auf die Schaffung einiger neuer Vergehen, welche die Verletzung der Rechte definierten und

173) Vgl. SÁNCHEZ CALERO, S. 112: "declarar que son ilícitos ciertos actos de competencia".

174) So wurde in Spanien im Dekret vom 8. Juli 1813 bestimmt, daß "todas los españoles podrán ejercer libremente cualquier industria u oficio útil sin necesidad de examen ni de título ni de incorporación a los gremios respectivos". Diese absolute Gewerbefreiheit war insbesondere eine Reaktion auf das Korporationswesen der Zünfte des Mittelalters und seine Monopolstellungen, vgl. dazu GARRIGUES, La defensa, S. 14 ff.

175) So DÍAZ VELASCO, Diccionario, S. 1017.

bestraften, die im Gebrauch solcher unterscheidenden Kennzeichen bestanden, die später neben den klassischen Strafdelikten den Strafgesetzbüchern beigelegt wurden" 176).

So ist in Spanien die erste gesetzliche Regelung von unlauteren Wettbewerbshandlungen im Sinne des genannten Kennzeichenmißbrauchs bereits im 'Codigo Penal' von 1829, Strafgesetzbuch von 1829, anzutreffen 177).

Nach einer längeren Entwicklung, die durch eine Vielzahl von neu geschaffenen Strafgesetzbüchern gekennzeichnet wurde 178), die Wettbewerbshandlungen als selbständige Delikte enthielten, sowie der fast gleichlaufenden Entstehung des Markenrechts in Spanien 179), wurde am 16. Mai 1902 das erste Gesetz geschaffen 180), das dem Schutz des gewerblichen Eigentums gewidmet war. Neben einer umfassenden Regelung des Marken- und Patentschutzes enthielt es 2 Abschnitte, die sich mit dem unlauteren Wettbewerb, der 'COMPETENCIA ILÍCITA' und den strafrechtlichen Sanktionen befaßte 181), die noch heute Gültigkeit besitzen 182) und die Grundlage für die z.T. sehr gegensätzlichen Auffassungen im Schrift-

176) Vgl. DÍAZ VELASCO, a.a.O. S. 1017; ders., Notas, in RDM 1946, S. 454.

177) Vgl. DÍAZ VELASCO, Diccionario, S. 1017.

178) Vgl. hierzu MASCAREÑAS, Los delitos, S. 13 ff.

179) Siehe dazu FERNÁNDEZ-NÓVOA, GRUR 68, 228 ff.; KUNZ, GRUR Int. 70, 267 ff.

180) Ley de Propiedad Industrial de 16 de mayo de 1902.

181) Abschnitt X und XI.

182) Zur Frage der Gültigkeit vgl. die Ausführungen des 4. Teils der Arbeit.

tum über ihre Wirksamkeit und Schutzfunktion bilden¹⁸³⁾.

Ähnlich wie im deutschen UWG hat sich der spanische Gesetzgeber neben der Aufzählung einzelner Tatbestände des unlauteren Wettbewerbs einer sog. Generalklausel bedient¹⁸⁴⁾. Nach dieser Generalklausel¹⁸⁵⁾ besteht der unlautere Wettbewerb "in jedem Versuch, die Vorteile eines gewerblichen oder kaufmännischen Rufs ungehörlich auszunutzen, den ein anderer durch seine Anstrengungen erlangt hat und dessen Eigentum unter dem Schutz dieses Gesetzes steht"¹⁸⁶⁾. Wer solche Handlungen vornimmt, wird mit Geldstrafen belegt¹⁸⁷⁾.

Ohne auf den Schutzzweck des Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb im einzelnen einzugehen, ist festzustellen, daß dieses nach in Deutschland herrschender Auffassung sowohl dem Schutz der Wettbewerber untereinander als auch dem Schutz der Allgemeinheit dient¹⁸⁸⁾. Dieser Auf-

183) Auch hierzu vgl. die Ausführungen im 4. Teil der Arbeit.

184) Art. 131 des Gesetzes vom 16. 5. 1902, B.O.E. Textos legales, 2. Aufl., November 1968, S. 201.

185) FERNÁNDEZ-NOVOA, RDM, Nr. 107, 1968, S. 13 ff. bestreitet die Existenz einer Generalklausel, da der Art. 131 dem im Art. 132, Buchst. c, geregelten Tatbestand entspreche und folglich keinen Generalklauselcharakter habe. Diesen sieht er vielmehr in Art. 10 Abs. 2 des Estatuto de la Publicidad de 11 de junio de 1964.

186) Art. 131 des Gesetzes von 1902.

187) Art. 139 des Gesetzes von 1902.

188) Vgl. BAUMBACH-HEFERMEHL, S. 84; NORDEMAN, S. 26; ULMER-REIMER, S. 18/19.

fassung ist auch die Rechtsprechung gefolgt 189).

In Spanien waren es nicht die Gerichte, die diese Entwicklung vorangetrieben haben. Dazu gaben die Vorschriften des Gesetzes von 1902 keinen hinreichenden Anhaltspunkt. Vielmehr zeigt die Generalklausel, daß gerade der Mitbewerber geschützt werden soll, der es durch eigene Bemühungen zu einem gewissen Ruf gebracht hat und der darüber hinaus sein Eigentum unter den Schutz des Gesetzes gestellt hat 190). Da, wie oben bereits erwähnt, die Wettbewerbsregeln als Teil des das gewerbliche Eigentum schützenden Gesetzes konzipiert wurden, ergab sich scheinbar daraus die Folgerung, daß nur derjenige den Schutz des Gesetzes für sich in Anspruch nehmen konnte, der Inhaber eines zum gewerblichen Eigentum gehörenden Rechtes war und dies auch im Register eingetragen hatte 191).

Dieser Auslegung ist das Schrifttum mit Erfolg entgegengetreten und hat demgegenüber auch den

189) BGHZ 19, 392; BGHZ 23, 371; BGHZ 54, 188, 192; BGH GRUR 1955, 541, 543; BGH GRUR 1967, 430, 431, und weitere.

190) In diesem Sinne SANCHEZ CALERO, Instituciones, S. 86, wonach die Forderung nach einem Schutz vor unlauterem Wettbewerb von den Unternehmern zuerst erhoben wurde.

191) Auch an dieser Formulierung des Gesetzes entzündete sich ein lebhafter Literaturstreit, der um das Erfordernis der Registrierung der Rechte geführt wurde. U.a. sprachen sich dafür aus: GIRON TENA, S. 368; dagegen z.B.: DÍAZ VELASCO, Diccionario, S. 1019; URÍA, S. 67/68, die beide als Begründung anführen, die im Art. 132 aufgezählten Tatbestände enthielten z.T. Verletzungen von Rechten, die nicht eintragbar sind.

Schutz der Allgemeinheit bejaht. CALERO 192) schreibt: "Sowohl in den Fällen, die von der Regelung der wettbewerbsbeschränkenden Praktiken betroffen werden, als auch bei den Vorschriften über den unlauteren Wettbewerb, will das Recht die Interessen der Wettbewerber schützen, die am wirtschaftlichen Kampf teilnehmen oder teilnehmen wollen, aber auch diejenigen, den dieser Kampf zugute kommt, d.h. die Verbraucher oder die Allgemeinheit". Die Anwendung gewisser unlauterer Wettbewerbsmethoden fügt "sowohl den Mitbewerbern (oder einem bestimmten einzelnen) als auch den Verbrauchern Schaden zu, denn in der Regelung des unlauteren Wettbewerbs besteht ein schutzwürdiges Allgemeininteresse (interés publico) neben dem Einzelinteresse der geschädigten Mitbewerber" 193).

Faktisch läßt sich indessen festhalten, daß der Schutz vor unlauterem Wettbewerb bis in die neueste Zeit vom Individualschutz der Wettbewerber beherrscht wurde. Erst durch die Transformation der spanischen Wirtschaft gegen Ende der 50er Jahre und den Beginn der Neuordnung einer Wettbewerbsordnung hat sich die Lage geändert. Obwohl die Art. 131 und 132 des Gesetzes von 1902 weiterhin als grundlegende Rechtsregel bei Sachverhalten des unlauteren Wettbewerbs zur Anwendung kommen sollen 194), hat die Rechtslehre je-

192) SANCHEZ CALERO, Instituciones, S. 82/86.

193) Aus diesem Grund sei auch, so meint CALERO, die Verhinderung des unlauteren Wettbewerbs als Zielsetzung mit Verfassungsrang im Abschnitt XI, Nr. 5 des FUERO DEL TRABAJO verankert worden; nun ist dies Inhalt des art. 51 der neuen Verfassung.

194) Dies gilt ganz allgemein für die gesamte spanische Rechtslehre.

doch auf die Notwendigkeit hingewiesen, mit einer echten und wirksamen Generalklausel einen wirksamen Interessenschutz zu gewährleisten. Von einem Teil der Lehre wird hierzu Art. 10 Abs. II der Pariser Verbandsübereinkunft (PVÜ), der Spanien am 20. Dezember 1955 beitrug und die am 2. Februar 1956 ratifiziert wurde, als innerstaatlich geltendes Recht zur Bestimmung einer generellen Verhaltensnorm für wettbewerbliche Handlungen herangezogen¹⁹⁵⁾. Aber auch Art. 10 des Estatuto de la Publicidad vom 11. 6. 1964 wird von einem Teil des Schrifttums herangezogen, um mit Hilfe dieser Generalklausel unlautere Wettbewerbshandlungen zu bestimmen¹⁹⁶⁾.

Das Estatuto de la Publicidad von 1964 hat den Schutz der Verbraucher und damit der Allgemeinheit gesetzlich verankert. Das Prinzip der Wahrheit (principio de veracidad) des Art. 8 will die täuschende Werbung gegenüber den Verbrauchern verhindern, schützt damit das Interesse der Allgemeinheit an einer lauterer Werbung¹⁹⁷⁾, die sich nach Art. 10 an "den Regeln des Anstands und der guten kaufmännischen Sitten" auszurichten hat.

195) So z.B. SANCHEZ CALERO, Instituciones, S. 87; AMOR FERNÁNDEZ, S. 194; SANCHEZ CALERO, Las costumbres, S. 117; durch drei Urteile des Tribunal Supremo (in Zukunft abgekürzt: TS) vom 10. 1. 1933, 6. 1. 1936 und 3. 5. 1955 wurde die Anwendbarkeit des Art. 10 PVÜ als "Ergänzungsnorm" bestätigt.

196) So z.B.: SANCHEZ CALERO, Instituciones, S. 87; URÍA, S. 69; GARRIGUES, Curso, S. 211; FERNÁNDEZ-NOVOA, RDM 1968, S. 27.

197) Vgl. FERNÁNDEZ-NOVOA, RDM 1968, S. 32.

3. Das Verhältnis zwischen dem Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen und dem Recht gegen den unlauteren Wettbewerb

In Deutschland setzte mit E. ULMER¹⁹⁸⁾ eine neue Richtung der Rechtslehre in bezug auf den Wettbewerbsbegriff ein. Während zunächst unter dem Begriff des Wettbewerbsrechts nur das Recht gegen den unlauteren Wettbewerb verstanden wurde, wurde von ihm als erstem die Frage nach einem übergeordneten Wettbewerbsrecht, das auch das Kartellrecht mitumfaßt, erörtert¹⁹⁹⁾. CALL-MANN²⁰⁰⁾ trat dieser Ansicht zwar entgegen, und auch andere Vertreter der Rechtslehre unternahmen in der Folgezeit eigene Versuche einer Einordnung des Wettbewerbsrechts²⁰¹⁾.

Die heute wohl herrschende Lehre stellt beide Rechte nebeneinander²⁰²⁾ und sieht in ihnen "zwei Aufgabenbereiche einer in ihrem Sinnzusammenhang einheitlichen Gesamtordnung". Dabei sind die Interessen der Mitbewerber, der übrigen Marktbeteiligten und auch der

198) Sinnzusammenhänge im modernen Wettbewerbsrecht, 1932.

199) Vgl. auch FIKENTSCHER, GRUR Int. 1966, 185.

200) Der unlautere Wettbewerb, 1932.

201) So z.B. NIPPERDEY, Wettbewerb und Existenzvernichtung, 1930; NERKEETER, Allg. Grundlagen eines deutschen Wettbewerbsrechts, 1936; SCHRAMM, Allg. Grundlagen eines deutschen Marktordnungsrechts, 1937.

202) So FIKENTSCHER, GRUR Int. 1966, 181; KOENIGS, NJW 1961, 1041; BAUMBACH-HEFERMEHL, S. 82 ff.; ULMER-REIMER, S. 25; a.M.: MOHRING, WuW 1954, 387; WURDINGER, WuW 1953, 730.

Allgemeinheit an der Erreichung dieses Ziels der beiden Rechten eigene Schutzgegenstand ²⁰³⁾.

Obwohl beide Rechtsgebiete das gleiche Ziel verfolgen, den Schutz der Wettbewerbsordnung, unterscheiden sie sich jedoch tatbestandlich und in ihren Zielsetzungen ²⁰⁴⁾. Der von den Normen des Rechts gegen Wettbewerbsbeschränkungen bezweckte Institutionsschutz und der Schutz der Handlungsfreiheit gilt nur für den lautereren Wettbewerb. Andererseits ist zwischen beiden Rechten eine Anspruchskonkurrenz möglich, sofern im Einzelfall dasselbe Verhalten einer Person sowohl gegen UWG-Recht als auch gegen GWB-Recht verstößt ²⁰⁵⁾. Dies ist z.B. beim Vernichtungswettbewerb, bei der Diskriminierung und dem Boykott der Fall.

In Spanien hat man das Problem einer Systematik des Wettbewerbsrechts, soweit ersichtlich, bis vor kurzem überhaupt nicht angeschnitten. Die Gründe dafür sind vielfältig und bedürfen einer näheren Betrachtung.

In Spanien lassen sich überhaupt erst seit Beginn der 60er Jahre Bemühungen feststellen, die auf die Schaffung einer normativen Wettbewerbsordnung gerichtet sind ²⁰⁶⁾. Im Gesetz gegen wettbewerbsbeschränkende Praktiken aus dem Jahre 1963 kommt

203) Vgl. BAUMBACH-HEFERMEHL, S.84/85; KOENIGS, NJW 61, 1048.

204) Vgl. BAUMBACH-HEFERMEHL, S. 85.

205) BAUMBACH-HEFERMEHL, S. 85.

206) In diesem Zusammenhang sei auf die Ausführungen im 2. Teil und 3. Teil, I, dieser Arbeit hingewiesen.

dies zum Ausdruck. Daneben ist auch das Dekret über die Errichtung von Gewerbebetrieben ²⁰⁷⁾ aus demselben Jahr von Bedeutung, das den spanischen Unternehmern eine gewisse Entfaltungsfreiheit gebracht hat. Fast gleichlaufend mit dieser Entwicklung hat die Rechtslehre die Bedeutung des Wettbewerbsrechts über seine wirtschaftliche Ordnungsfunktion hinaus hervorgehoben und darauf hingewiesen, daß neben dem Schutz gegen den Wettbewerb einschränkende Handlungen vor allem auch dem Schutz gegen den unlauteren Wettbewerb im Rahmen einer Gesamtordnung des Wettbewerbs große Bedeutung beizumessen ist. Von GARRIGUES, URÍA, CALERO, FERNÁNDEZ-NOVOA, um nur einige der bedeutendsten Vertreter zu nennen, wird einhellig die Doppelfunktion des Wettbewerbsrechts im Hinblick auf den Existenzschutz und Qualitätsschutz des Wettbewerbsrechts hingewiesen ²⁰⁸⁾. Allerdings muß dabei festgestellt werden, daß der Schutz gegen den unlauteren Wettbewerb nicht durch ein einheitliches Gesetz gewährt wird, sondern eine Anzahl von Vorschriften in verschiedenen Gesetzen zur Anwendung kommen ²⁰⁹⁾.

Abgesehen davon, daß im Schrifttum die Anwendbarkeit der einen oder anderen Vorschrift auf Tatbestände unlauteren Wettbewerbs umstritten ist ²¹⁰⁾, wird den Art. 131, 132 des Gesetzes

207) Vgl. FuBn. 135.

208) Vgl. dazu die dieser Arbeit zugrundeliegende Literatur der genannten Autoren.

209) Zu der Frage, welche Vorschriften im einzelnen zur Anwendung kommen, vgl. den 4. Teil Abschn. I dieser Arbeit.

210) So z.B.: Art. 1902 des Código Civil, dem Bürgerlichen Gesetzbuch, oder Art. 131 des Gesetzes von 1902 als Generalklausel des Wettbewerbsrechts. Im einzelnen dazu die Ausführungen des 4. Teils der Arbeit.

von 1902 grundlegende Bedeutung zugemessen im Hinblick auf jedes unlautere Verhalten im Wettbewerb ²¹¹⁾. Die inhaltliche Konzeption dieser Vorschriften sowie ihre Einordnung in den vom Gesetz von 1902 bezweckten Schutz des gewerblichen Eigentums machen deutlich, daß der Schutzgedanke in bezug auf eine Gesamtordnung des Wettbewerbs diesen Vorschriften nicht zugrunde-gelegen hat.

Das Gesetz von 1902 - Ley de Propriedad Industrial - steht am Ende der ersten großen Etappe der Entwicklung des Markenrechts in Spanien ²¹²⁾. Es war die erste umfassende Kodifikation über die sog. "Immaterialgüterrechte" ²¹³⁾ und enthielt Vorschriften des Patent-, Gebrauchsmuster-, Marken- und Firmenzeichenrechts ²¹⁴⁾. Den Art. 131, 132 kam die Aufgabe zu, jeden Angriff auf diese Rechtsgüter, soweit er nicht in einer Aneignung oder Fälschung bzw. Nachahmung eines Patents oder einer Marke, sowie im Gebrauch eines Firmenzeichens oder -namens bestand, abzuwehren, da eine solche Handlung als "COMPETENCIA JLÍCITA" - unlauterer Wettbewerb - angesehen wurde. Nach dem

211) Diese beiden Artikel werden von allen Autoren als Grundnormen bezeichnet, vgl. Fußn. 180. Die h.L. ist jedoch der Auffassung, daß der unlautere Wettbewerb nicht allein durch sie verhindert werden kann und ordnet daher einer Reihe anderer Vorschriften, z.T. aus dem Zivil- und Strafrecht, ebenso wettbewerbsregelnde Funktionen zu.

212) Vgl. FERNÁNDEZ-NOVOA, GRUR 1968, 228 ff.

213) "Los bienes inmateriales", vgl. dazu MASCAREÑAS, Los delitos, S. 11/16.

214) Vgl. dazu auch BAUMBACH-HEFERMEHL, S. 87.

Wortlaut des Gesetzes blieb der Schutz auf diejenigen beschränkt, die das "gewerbliche Eigentum im Schutz eben dieses Gesetzes hatten" (que tenga su propiedad al amparo de la presente Ley) ²¹⁵⁾. Im Hinblick auf die vom Gesetzgeber gewählte Formulierung, der von der h.L. im spanischen Schrifttum nicht gefolgt wird, konnte eine unlautere Wettbewerbshandlung immer nur dann vorliegen, wenn sie sich gegen registrierte Rechte eines Mitbewerbers richteten. Es bedarf keiner weiteren Erläuterung, daß der vom Recht gewährte Schutz gegen den unlauteren Wettbewerb von der heute herrschenden Auffassung einer wettbewerblichen Gesamtordnung sehr weit entfernt war.

Der spanische Gesetzgeber konzipierte den unlauteren Wettbewerb als ein "Delikt gegen das gewerbliche Eigentum" (un delito contra la propiedad industrial) ²¹⁶⁾. Art. 139 stellt die in den Art. 131, 132 aufgeführten Fälle unlauteren Wettbewerbs unter Strafe, soweit der geschädigte Teil einen Antrag auf Verfolgung gestellt hat (... perseguible a instancia de parte interesada) ²¹⁷⁾.

215) Dieser Formulierung ist von der Rechtslehre heftig widersprochen worden, vgl. Fußn. 191. Von denen, die die Notwendigkeit eines eingetragenen Rechts ablehnen, wird dieser Teil der Vorschrift als ein redaktionelles "Versenken" des Gesetzgebers angesehen.

216) Vgl. MASCAREÑAS, Los delitos, S. 193; DÍAZ VELASCO, Notas, RDM 1946, S. 453 ff.; ders. RDM 1946, S. 117 ff.; URÍA, S. 69.

217) Vgl. zur strafrechtlichen Sanktion auch CARLON, Contribucion, RDM 1964, S. 295.

Diese Konstruktion - vor allem das Antragserfordernis - zeigt ebenfalls, daß dem spanischen Gesetzgeber der Individualschutz regelungsbedürftig erschien und nicht etwa übergeordnete Allgemeininteressen. So ist es nicht verwunderlich, daß von der Rechtslehre im Zusammenhang mit der Forderung nach einem umfassenden Schutz der Wettbewerbsordnung die Regelung des Gesetzes von 1902 zahlreichen Angriffen ausgesetzt war ²¹⁸⁾. Diese richteten sich vor allem auf das Fehlen irgendwelcher selbständiger Zivilansprüche, wie sie in Form der Schadensersatz- und Unterlassungsklage im deutschen UWG gesetzlich verankert sind ²¹⁹⁾ und verlangen mehr als nur eine zivile Haftung nach Art. 144 des Gesetzes von 1902, wonach diejenigen, die eine Handlung i.S.d. Art. 131, 132 begehen, subsidiär zum Ersatz des verursachten Schadens verpflichtet sind. Diese Verpflichtung ergibt sich auch nach den Artikeln 19, 101 des geltenden Strafgesetzbuchs, wonach jede strafrechtliche Verantwortlichkeit auch eine zivilrechtliche mitumfaßt.

218) Vgl. z.B. SANCHEZ CALERO, Anales, S. 122, der die Forderung nach einer Neuordnung des Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb erhebt und gleichzeitig das Fehlen einer wirksamen Rechtsprechung aufzeigt, die das Wettbewerbsrecht - etwa durch Zulassung nicht ausdrücklich geregelter Klagearten, wie der Unterlassungsklage - hätte gestalten können. In der Entscheidung des TS vom 4. Juni 1962, Nr. 1389 EntS., will er eine vom Gericht ausgesprochene Zulässigkeitserklärung für eine Unterlassungsklage sehen, vgl. S. 122 und Instituciones, S. 88.

219) Zur Frage der Unterlassungsklage vgl. CARLON, Contribucion, S. 296/297.

Aber auch der vom Gesetzgeber geschaffene Strafdeliktcharakter der Art. 131, 132 wurde heftig umstritten. Insbesondere der strafrechtliche Grundsatz "nulla poena sine lege" führte im Schrifttum zu der Auffassung, daß die vom Gesetz getroffene Regelung sehr fragwürdig sei, da strafrechtliche Sanktionen nicht durch eine Generalklausel und beispielhafte Fälle unlauteren Wettbewerbs durchgeführt werden können ²²⁰⁾.

Abschließend läßt sich daher feststellen, daß den Vorschriften der Art. 131, 132 des Gesetzes von 1902 keine Schutzfunktion in bezug auf eine Gesamtordnung des Wettbewerbs zukommt. Von einer solchen ging der spanische Gesetzgeber bei ihrem Erlass nicht aus. Folglich bedurfte es einer Neuordnung unlauterer Wettbewerbshandlungen bzw. einer Einbeziehung der bisherigen Vorschriften in die vom Gesetz gegen wettbewerbsbeschränkende Praktiken gewollte Wettbewerbsordnung.

Den ersten Schritt hat der spanische Gesetzgeber mit dem Erlass des 'Estatuto de la Publicidad' im Jahre 1964 getan. Zwar enthält es nicht eine Neufassung einer Vielzahl von unlauteren Wettbewerbshandlungen, sondern wendet sich - wie sich aus dem Namen des Gesetzes ergibt - gegen unlautere Methoden bei der Werbung und Reklame gegenüber der "großen Masse der Verbraucher" ²²¹⁾.

220) Vgl. z.B. MONTERO PALACIOS, Propiedad, S. 11, der aber andererseits die Ansicht vertritt, bei der Aufzählung unlauterer Wettbewerbshandlungen des Art. 132 handele es sich um eine beispielhafte Aufzählung.

221) Vgl. FERNÁNDEZ-NOVOA, La interpretación, RDM 1968, S. 17, der in bezug auf das Wahrheitsgebot bei der Werbung Art. 8 des Gesetzes mit § 3 UWG vergleicht, S. 30.

Die Generalklausel des Art. 10 des Gesetzes ermöglicht eine umfassende Anwendung auf alle Werbefälle, die gegen die "Regeln des Anstandes und der guten kaufmännischen Sitten verstoßen" 222).

Mit der Vorschrift des Art. 3 Buchst. d des Gesetzes gegen wettbewerbsbeschränkende Praktiken scheint der spanische Gesetzgeber auch eine Einbeziehung des unredlichen Verhaltens im Wettbewerb in die vom Gesetz geschützte Freiheit des Wettbewerbs gewollt haben. Art. 3 Buchst. d lautet: "desarrollar una política comercial que tienda, por competencia desleal a la eliminación de los competidores", was man etwa übersetzen kann: "ein wirtschaftliches Handeln zu entwickeln, das darauf gerichtet ist, mittels unredlichen Wettbewerbs Mitbewerber (vom Markt) auszuschließen (zu entfernen) 223).

Nach dem Wortlaut dieser Vorschrift handelt es sich um einen Fall von Anspruchskonkurrenz. Zum einen wird durch ein unlauteres Verhalten gegen die Regeln des unlauteren Wettbewerbsrechts verstoßen, andererseits verletzt ein solches Ver-

222) FERNÁNDEZ-NOVOA, La interpretación, RDM 1968, S. 23 zu Art. 10 Abs. II.

223) SANCHEZ CALERO, Anales, S. 110 ist der Ansicht, daß die Verbindung beider Rechte durch Art. 3 d vollzogen wird, was ihn veranlaßt, diese in der Vorschrift geregelte Handlung unmittelbar als unlautere Wettbewerbshandlung gegen alle Mitbewerber anzusehen, die der Betroffene vor dem Tribunal de Defensa de la competencia als im Sinne der Art. 1 und 2 des Gesetzes für eine den Wettbewerb einschränkende, gesetzlich verbotene Handlung erklären lassen kann, vgl. Instituciones, S. 88.

halten gleichzeitig das Gesetz gegen wettbewerbsbeschränkende Praktiken, wenn die Handlung eines Mitbewerbers darauf gerichtet ist, einen Mitbewerber vom Wettbewerb auszuschließen. Dies hat im Schrifttum bei einer Reihe Autoren dazu geführt, das im Art. 3 d genannte Verhalten als zum unlauteren Wettbewerb gehörig zu betrachten ²²⁴⁾. Dieser Ansicht ist die überwiegende Anzahl der Lehre jedoch mit Recht entgegengetreten ²²⁵⁾. Eine vergleichbare Regelung ist in keinem Land der Europäischen Gemeinschaft anzutreffen, stellt innerhalb der spanischen Kartellgesetzgebung daher eine Besonderheit dar. Beeinflußt kann die Vorschrift des Art. 3 d von Art. 60 Abs. I des EWG-Vertrages sein, so meint die Lehre, der in bezug auf die Preisgestaltung das Verbot ausspricht, "unlautere Wettbewerbs-handlungen anzuwenden, insbesondere zeitlich und örtlich beschränkte Preissenkungen, die darauf abzielen, innerhalb des Gemeinsamen Marktes eine Monopolstellung zu erlangen".

Dennoch wird die Anwendung dieser Vorschrift innerhalb der übrigen wettbewerbsbeschränkenden Praktiken, wie sie das Gesetz enthält, abgelehnt.

224) So z.B. URIA, S. 68/69; SANCHEZ CALERO, vgl. Fußn. 209, der ein Verhalten i.S.d. Art. 3 d z.B. darin erblickt, daß ein Mitbewerber mit "Dumping"-Preisen den Markt zu erobern trachtet und so die Mitbewerber mittels Vernichtungswettbewerb vom Markt ausschließt; dazu auch TAMAMES, S. 257.

225) So z.B.: PELLICER VALERO, Las practicas, RDM 1967, S. 435/436; GARRIGUES, La defensa, S. 77; SENEN DE LA FUENTE, S. 88 und 98/99; TAMAMES, S. 257; vgl. auch die umfangreiche Darstellung bei FONT GALAN, RDM 1977, S. 519 ff.

"Sie enthält", so heißt es, "eine Regelung, die anderen Spezialgesetzen eigen ist (nämlich den Vorschriften über den unlauteren Wettbewerb), und verwechselt die Eliminierung des Wettbewerbs mittels 'Absprachen' der Wettbewerber ²²⁶⁾ mit einer Aufhebung des Wettbewerbs durch 'fehlende Übereinstimmung' ²²⁷⁾ der Mitbewerber untereinander, die gerade in einem wirtschaftlichen Kampf gegeneinander, einem unlauteren zwar, aber am Anfang und am Ende einem Kampf, zu Tage tritt" ²²⁸⁾. Dem spanischen Gesetzgeber wird so-

226) Inhalt des Verbots nach Art. 1 des Gesetzes.

227) Das spanische Wort lautet: 'desacuerdo', das wörtlich mit Mißstimmigkeit, unterschiedliche Meinung übersetzt werden kann, im Gegensatz zu acuerdo = Absprache, Übereinstimmung.

228) So GARRIGUES, La defensa, S. 77, dem PELLICER VALERO, RDM 1967, S. 435 folgt.
So auch SENEN DELAFUENTE, S. 98, der darauf abstellt, daß jedes unlautere Handeln gerade Wettbewerb, eine Wettbewerbsbeziehung zwischen Unternehmen, voraussetzt, folglich nicht auf die Eliminierung des Wettbewerbs gerichtet sein kann. In bezug auf den Preiskampf, vgl. Fußn. 224, sei auf Parallelen mit dem deutschen Recht hingewiesen, wo es sich um sog. Vernichtungswettbewerb handelt, der gegen § 1 UWG verstößt, vgl. dazu NORDEMAN, S. 96 ff. und die dort angeführte Rspr. Das spanische TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA hat zum Beispiel einen Fall unter den Gesichtspunkten des Art. 3 d geprüft, seine Anwendung jedoch abgelehnt, da es sich um die Ausschaltung eines best. Mitbewerbers durch einen best. anderen handelte. Um gegen das Gesetz zu verstoßen, muß eine Handlung darauf gerichtet sein, allgemein den nationalen Wettbewerb oder einen Teil desselben auszuschalten oder zu beschränken, und dies muß in Übereinstimmung der Wettbewerber untereinander geschehen. Der nationale Wettbewerb und das vom Gesetz geschützte "interés publico" wird durch eine Handlung, die diese Voraussetzungen nicht erfüllt, nicht verletzt, das Gesetz kommt folglich nicht zur Anwendung, vgl. TRIBUNAL-Entscheidung vom 25. 1. 1968 in RDM 1968, S. 137 ff. Widersprochen vom SEMINARIO de Derecho Mercantil, a.a.O.

mit vom Schrifttum eine Begriffsverwechslung vorgeworfen und weiterhin auch darauf hingewiesen, daß das Gesetz gegen wettbewerbsbeschränkende Praktiken in keiner weiteren Vorschrift auf eine Handlung nach Art. 3 d Bezug nimmt. Die aufgrund des Wortlauts der Vorschrift mögliche Überprüfung eines derartigen Verhaltens mit den Normen des Rechts gegen unlauteren Wettbewerb einerseits und des Rechts betreffend wettbewerbsbeschränkende Praktiken andererseits bleibt ungeregelt und wirft eine Vielzahl von Problemen auf, die der Gesetzgeber - etwa durch Verfahrensnormen für derartige Fälle - nicht geregelt hat. Unter Umständen wird dies in einem neuen Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, dessen Erarbeitung geplant sein soll ²²⁹⁾, mitberücksichtigt werden.

229) SENEN DE LA FUENTE, S. 98.

VIERTER TEIL

Das gegenwärtige spanische Recht des unlauteren Wettbewerbs ²³⁰⁾

I. Die gesetzliche Regelung unlauteren Wettbewerbs

1. Normenvielfalt und fehlende Gesamtkodifizierung

Aus den Ausführungen des zweiten und dritten Teils dieser Arbeit läßt sich ganz allgemein feststellen, daß dem unlauteren Wettbewerb erst in jüngster Zeit besondere Bedeutung zugemessen wird, zum anderen der spanische Gesetzgeber wegen der besonderen Verknüpfung des unlauteren Wettbewerbs mit der Entwicklung des Marken- und Patentrechts in Spanien der Regelung unlauteren Verhaltens im Wettbewerb nur zweitrangige Bedeutung zumaß, was sich in einer fehlenden Gesamtkonzeption unlauteren Verhaltens im Wettbewerb und damit in einer fehlenden systematischen gesetzlichen Regelung solcher Tatbestände zeigt. Ein Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb als solches ist in Spanien nicht vorhanden ²³¹⁾, vielmehr sind eine Reihe von Normen, die Tatbestände unlauteren Wettbewerbs enthalten, auf verschiedene Gesetze verstreut anzufinden.

Die Erarbeitung einer Systematik aller unlauteren Verhaltensweisen regelnden Normen wird darüber hinaus erschwert, da insbesondere die Rechtslehre die Anwendbarkeit der einen oder anderen

230) Die Betrachtung bezieht sich auf den Zeitraum bis 1982 einschließlich.

231) Vgl. FINNER, S. 21.

Vorschrift aus den unterschiedlichsten Gründen bestreitet, zum anderen in vielen europäischen Ländern seit Jahren anerkannte Tatbestände unlauteren Wettbewerbs auch auf spanische Verhältnisse anwenden will, ohne daß bisher eine landeseigene gesetzliche Regelung dies ermöglicht. Die Rechtsprechung hat den von der Lehre ausgetragenen Streit in keiner Weise beeinflußt oder gar entschieden. Die zu Fällen unlauteren Wettbewerbs ergangenen Entscheidungen sind so gering, daß sie keine Handhabe bieten, den Streit um die Anwendbarkeit der einzelnen Normen zu entscheiden oder neue Tatbestände unlauteren Wettbewerbs im Sinne einer Rechtsfortbildung festzustellen.

Da es im wesentlichen die Rechtslehre war und ist, die auf die Bedeutung des unlauteren Wettbewerbs hingewiesen hat und Versuche einer systematischen Einordnung bereits vorhandener oder denkbarer Tatbestände unlauteren Wettbewerbs unternommen hat, muß anhand der von ihr erarbeiteten Grundsätze und Richtlinien versucht werden, die als zum 'Recht gegen unlauteren Wettbewerb' gehörig angesehenen Normen systematisch einzuordnen. Zu unterscheiden ist dabei zwischen den Normen, die Tatbestände unlauteren Wettbewerbs enthalten und solchen, die herangezogen werden, um die vom Gesetz vorgesehene oder den Beteiligten gewünschte Rechtsfolge zu begründen. Um eine größtmögliche Anschaulichkeit bei der Darstellung zu erlangen, sollen zunächst alle in Betracht kommenden gesetzlichen Regelungen aufgeführt werden. Sodann wird anhand der Einordnung durch die Rechtslehre als auch - soweit feststellbar - durch die Rechtsprechung der Geltungsrahmen der einzelnen Vorschriften abzustecken sein.

Der sich aus der Untersuchung dann ergebende 'Regelungskern' kann als das gegenwärtig geltende spanische Recht des unlauteren Wettbewerbs angesehen werden.

2. Normen, die Sachverhalte unlauteren Wettbewerbs betreffen

Grundlage des unlauteren Wettbewerbsrechts in Spanien bilden

- a) die Art. 131 und 132 des Gesetzes über das gewerbliche Eigentum vom 16. Mai 1902 (Ley de Propiedad Industrial de 16 de mayo de 1902) ²³²⁾.

Zwar werden diesen beiden Artikeln unterschiedliche Regelungsfunktionen sowohl im Verhältnis zueinander als auch in bezug auf die von ihnen angesprochenen Sachverhalte zugesprochen. Ganz einheitlich werden sie vom Schrifttum und der Rechtsprechung jedoch als Grundtatbestände eines Rechts gegen unlauteren Wettbewerb angesehen ²³³⁾.

Die weiteren gesetzlichen Vorschriften werden

-
- 232) "GACETA" de 18 de mayo de 1902, Fundstelle: Gesetzessammlung des B.O.E. zum Propiedad Industrial, Ausgabe Nov. 1968, S. 201. In Zukunft abgekürzt: LPI.
- 233) So DÍAZ VELASCO, Notas, S. 455ff.; MASCAREÑAS, Los delitos, S. 19 u. 192; GARRIGUES, Curso, S. 211; SANCHEZ CALERO, Las costumbres, S. 112/114; ders. in Instituciones, S. 86; URÍA, S. 67; AMOR FERNANDEZ, S. 203; FERNANDEZ-NOVOA, La interpretación, S. 23; CARLÓN, S. 290. Für die Rechtsprechung siehe Pella-Pedemonte, Entscheidungssammlung des Obersten Gerichtshofs in Zivil-, Straf- und Verwaltungssachen (Tribunal Supremo) für Fälle des gewerblichen Eigentums: Nr. 168, 180, 202, 185. Im folgenden abgekürzt: ETS.

von der Lehre nur teilweise dem Recht gegen unlauteren Wettbewerb zugerechnet, so daß zunächst lediglich eine Übersicht über alle Normen gegeben werden soll, die von der Lehre als zugehörig angesehen werden:

- b) 'Real orden de 28 de noviembre de 1925', Absatz A und B.

'Orden de 22. de febrero de 1936'.

- c) 'Estatuto sobre Propiedad Industrial', Dekret vom 22. Mai 1931²³⁴⁾, zum Gesetz erhoben mit Wirkung vom 16. September 1931.

Diesem Gesetz kommt nicht nur im Hinblick auf die in ihm enthaltenen Tatbestände unlauteren Wettbewerbs Bedeutung zu. Durch das Dekret vom 22. Mai 1931 wurden die Art. 131 - 144 des Gesetzes über das gewerbliche Eigentum von 1902 an die Stelle der Art. 233 - 243 des umgearbeiteten Textes des Estatuto vom 30. April 1930²³⁵⁾ gesetzt²³⁶⁾.

234) "Gaceta" des 26 de mayo de 1931, Fundstelle: Gesetzessammlung des B.O.E. vom Nov. 1968, S. 21 ff. In Zukunft abgekürzt: EPI.

235) "Gaceta" del 7 de mayo de 1930.

236) Die Art. 233 - 243 des Estatuto vom 30. April 1930 enthielten Strafvorschriften über unlautere Wettbewerbshandlungen. Nachdem die Republik die Strafgesetze der Diktatur aufgehoben hatte, worunter auch die erwähnten Artikel fielen, wurden die entsprechenden Artikel des Gesetzes von 1902, Art. 131 - 144, übernommen und erhielten damit neue Geltung. Im Jahre 1929 war zuvor ein neues Gesetz geschaffen worden, das das gewerbliche Eigentum neu regelte und das Gesetz von 1902 abgelöst hatte; vgl. dazu: MASCAREÑAS, S. 19 ff.

Die von der Lehre und der Rechtsprechung herangezogenen Artikel sind folgende:

Art. 214, 244 - 253.

- d) 'Estatuto de la Publicidad de 11 de junio de 1964', Gesetz über die Werbung ²³⁷⁾, Art. 8 und 10.
- e) 'Ley sobre represión de las prácticas restrictivas de la competencia de 20 de julio de 1963', Gesetz über wettbewerbshindernde Praktiken, Art. 3 d.
- f) Art. 10 der Pariser Verbandsübereinkunft, Stand London 2. 6. 1934 ²³⁸⁾.

3. Normen, die eine Rechtsfolge ²³⁹⁾ anordnen

- a) Gesetz vom 16. 5. 1902 (LPI): Art. 139, 144.
- b) Reglamento v. 12. 6. 1903, Ausführungsgesetz dazu, Art. 1.
- c) Estatuto vom 22. 5. 1931 (EPI): Art. 4, 6, 8, 214, 267, 268, 269.
- d) Estatuto de la Publicidad vom 11. Juni 1964 (E. Pub.): Art. 25 und 26, 64, 65.
- e) Código Penal ²⁴⁰⁾, Strafgesetzbuch von 1963, Art. 19, 101.

237) B.O.E. Ann. 43 vom 15.6.64. Im folgenden Text abgekürzt: E. Pub.

238) B.O.E. 23. 4. 1956.

239) Rechtsfolge ist hier in einem erweiterten Sinn zu verstehen: Zum einen sprechen die Normen eine konkrete Rechtsfolge, etwa eine Strafe, auf ein gewisses Verhalten hin aus, zum anderen tragen sie Verweisungscharakter, indem sie die Anwendung einer anderen Norm vorschreiben, oder Zuständigkeiten bei der Rechtsverfolgung regeln.

240) Zuletzt geändert 15.11.1971, in: Gesetzesammlung des B.O.E., April 1972, S. 63 ff.

f) Código Civil, Zivilgesetzbuch in der z. Zt. geltenden Fassung ²⁴¹⁾: Art. 1902.

II. Die Grundlage des spanischen Rechts gegen unlauteren Wettbewerb: Art. 131 und 132 LPI

1. Die Systematik des Gesetzes

In Artikel 131 LPI wird generalklauselartig ²⁴²⁾ der Grundtatbestand unlauteren Wettbewerbs definiert. Er lautet:

"Se entiende por competencia ilícita toda tentativa de aprovecharse indebidamente de las ventajas de una reputación industrial o comercial adquirida por el esfuerzo de otro que tenga su propiedad al amparo de la presente Ley".

"Unter unlauterem Wettbewerb wird jeder Versuch verstanden, die Vorteile eines industriellen oder kaufmännischen Rufs in ungebührlicher Weise auszunutzen, den ein anderer durch seine Anstrengungen erlangt hat, dessen Eigentum durch dieses Gesetz geschützt ist".

Im Art. 132 sind sieben Vorschriften über einzelne Tatbestände des unlauteren Wettbewerbs erfaßt ²⁴³⁾. Er lautet:

"Als unlauterer Wettbewerb werden folgende Handlungen angesehen:

241) Gesetzessammlung des B.O.E., Ausgabe Juli 1970, S. 69 ff.

242) Das Bestehen einer reinen Generalklausel wird von einem Teil der Lehre bestritten, vgl. dazu weiter unten Abschnitt II, Ziffer 3.

243) Zur Frage, ob diese aufzählenden Charakter haben, vgl. Abschnitt II, 2 dieses Teils.

- a) "Die Nachahmung (imitación) der Muster (muestras) oder Schilder (rótulos) der Schaufenster (escaparates), Fassaden (fachadas), Verschönerungen (adornos) oder irgendwelcher anderer Teile, die eine Verwechslung (confusión) mit einem anderen Geschäft (otro establecimiento) derselben Art (igual clase), das unmittelbar daneben (contiguo) oder in der näheren Umgebung (muy cercano) liegt, hervorrufen könnte".
- b) "Die Nachahmung der Verpackungen (embalajes), die eine Konkurrenzfirma (casa competidora) benutzt, in der Form, daß eine Verwechslung verursacht werden kann (induzca a confusión)".
- c) "Als Firmennamen einen Leitsatz (lema) auszuwählen, in dem der Name einer Ortschaft eingefügt ist, der wegen eines angesehenen Unternehmens bekannt ist, mit der Absicht (con objeto), sich unlautererweise dessen Ruf zunutze zu machen (aprovecharse ilícitamente de su nombradía)".
- d) "Wissentlich (a sabiendas) falsche Behauptungen (falsas aserciones) gegen einen Kontrahenten (rival) zu verbreiten (propagar), mit der Absicht, ihm die Kundschaft wegzunehmen (quitarle su clientela)".
- e) "Anzeigen (anuncios), Reklamen (reclamos) oder Zeitungsartikel (artículos de periódico) zu veröffentlichen (publicar), die darauf abzielen, die Qualität der Waren (calidad de los productos) eines Mitbewerbers (contrincante) herabzuwürdigen (depreciar)".

- f) "Sich ganz allgemein (de un modo general) und entgegen den wirklichen Tatsachen (contrario a la realidad de los hechos) als eine Niederlassung (depositario) einer in- oder ausländischen Ware anzupreisen (anunciarse)".
- g) "Der Gebrauch (el empleo), ohne die entsprechende Vollmacht, von Angaben (indicaciones) oder Ausdrücken (términos) wie 'hergestellt nach der Formel von ...' (preparado según la fórmula de ...) oder 'gemäß dem Herstellungsverfahren von ...' (con arreglo al procedimiento de fábrica de ...), wenn die Formel oder das Herstellungsverfahren nicht allgemein bekannt sind (pertenezca al dominio público)".

2. Das Verhältnis der Einzeltatbestände zur Generalklausel

Mit dem Dekret vom 22. Mai 1931²⁴⁴⁾ wurden die Art. 131 - 144 des Gesetzes von 1902 neu in Kraft gesetzt. Sie traten an die Stelle der Strafvorschriften der Art. 233 - 243 des Estatuto vom 30. April 1930. Da auch ihnen Strafcharakter zukommt²⁴⁵⁾, tauchte die Frage auf, ob in Anbetracht des Deliktscharakters der Art. 131 ff. und des strafrechtlichen Grundsatzes "nulla poena sine previa lege"²⁴⁶⁾

²⁴⁴⁾ Vgl. FuBn. 236.

²⁴⁵⁾ So sieht es jedenfalls das Gesetz vor, daß den Art. 131 - 144 die Überschrift "normas penales" voransetzt, vgl. Sammlung des B.O.E., propiedad industrial, S. 201.

²⁴⁶⁾ Vgl. dazu oben S. 58.

Tatbestände, die strafrechtliche Sachverhalte regeln sollen, überhaupt durch eine Generalklausel geregelt werden können. Daran angeschlossen ergab sich das weitere Problem, ob die in Artikel 132 aufgeführten Fälle eine abschließende Aufzählung aller denkbaren Fallvarianten des Art. 131 darstellen, oder lediglich beispielhaften Charakter haben.

Eine endgültige Klärung des Problems, etwa durch den Gesetzgeber oder die Rechtsprechung, ist bis heute nicht erfolgt. Immerhin läßt sich eine "herrschende Meinung" feststellen darüber, wie die Generalklausel selbst und die mit ihr im Zusammenhang stehenden Fälle des Art. 132 einzuordnen sind.

a) Definition nach dem Wortlaut des Gesetzes

Aus dem Wortlaut der Art. 131 und 132 selbst folgt nicht, daß es sich um Straftatbestände handelt. Dies ergibt sich in bezug auf Art. 132 allenfalls aus Art. 139 LPI, wonach "in allen Fällen des unlauteren Wettbewerbs nach Art. 132, ebenso wie in Fällen falscher Herkunftsbezeichnungen, die Täter mit einer Geldstrafe von 100 - 500 Peseten bestraft werden, die Gehilfen mit einer solchen von 50 - 250 Peseten und die Hühler mit einer solchen von 25 - 175 Peseten, soweit der Betroffene dies beantragt" ²⁴⁷⁾.

247) Daß Art. 139 dem Art. 132 Straftatbestandscharakter ~~zuweist~~, wird z.B. von SANCHEZ CALERO, *Las costumbres*, S. 115 angenommen. Ebenso: GARRIGUES, *Curso*, S. 212; ders. in *Tratado*, 1936, S. 472; MASCA-RENAS, S. 193.

Daraus könnte gefolgert werden, daß die Generalklausel des Art. 131 keinen Straftatbestand enthält, sondern lediglich ganz allgemein ein unlauteres Verhalten beschreibt, das erst durch die Konkretisierung des Art. 132 zu einem Straftatbestand wird²⁴⁸⁾. Ganz abgesehen davon, daß wegen des Grundsatzes "nulla poena sine previa lege" ein Straftatbestand konkret die Umstände des gesetzwidrigen Verhaltens enthalten muß, nicht aber durch eine Generalklausel bestimmt werden kann, stützen die Tatbestandsmerkmale des Art. 131 selbst nicht die Annahme, es handele sich um eine konkrete Regelung eines Straftatbestandes.

In dem "Versuch, die Vorteile eines gewerblichen Rufs auszunutzen", ist die Absicht enthalten, eine Rufausnutzung zu begehen²⁴⁹⁾. Sieht der Art. 131 als strafbaren unlauteren Wettbewerb nur die Handlung der Rufausnutzung an, so fallen die Buchstaben d) und e) des Art. 132 aus dem Rahmen, da die dort beschriebenen Handlungen gerade nicht die Rufausnutzung, sondern vielmehr eine Schädigung bzw. Zerstörung des fremden Rufs beinhalten²⁵⁰⁾. Ungeklärt bleibt zudem, was unter einer "ungebührlichen" Rufausnutzung zu verstehen ist. An

248) Gegen die Ansicht, der Art. 131 enthalte die generelle Regelung eines Strafdelikts QUINTANO RIPOLES, Tratado, S. 669/670. Dagegen MONTERO PALACIOS, S. 242, der den Art. 131 als strafrechtlichen Grundfall ansieht und im Art. 132 lediglich eine beispielhafte Aufzählung möglicher Verstöße gegen Art. 131 sieht.

249) MASCAREÑAS, S. 193.

250) So auch AMOR FERNÁNDEZ, S. 204.

keiner anderen Stelle des Gesetzes wird näher erläutert, weshalb gerade die Rufausnutzung als "ungebührlich" (*indebidamente*) anzusehen ist ²⁵¹⁾. Auch das Tatbestandsmerkmal "dessen Eigentum von diesem Gesetz geschützt ist" wirft erhebliche Zweifel auf, da es den Schutz vor unlauteren Wettbewerb nur denjenigen zuzuordnen scheint, der ein Immaterialgut registriert hat. Andererseits bezieht sich keiner der in Art. 132 LPI genannten Fälle auf registrierte oder registrierbare Rechte ²⁵²⁾.

Die Rechtsprechung hat nur in ganz wenigen Fällen Art. 131 einer Prüfung unterzogen. Ohne ausdrücklich den Deliktscharakter zu bejahen, wurde von ihr die Anwendung des Art. 131 verneint, da den zu entscheidenden Fällen kein unlauteres Verhalten i.S.d. Art. 131 zugrundelag ²⁵³⁾.

Eine Abgrenzung der Art. 131, 132 gegenüber dem Código Penal ergibt ebenfalls keinen Aufschluß darüber, welche Regelungsfunktion ihnen zukommt.

Art. 7 des Código Penal sieht vor, daß "diejenigen Delikte und Vergehen nicht den Vorschriften des Strafgesetzbuches unterworfen werden, die durch Spezialgesetze bestraft werden ²⁵⁴⁾.

251) Vgl. SANCHEZ CALERO, *Las costumbres*, S. 114; GARRIGUES, *Tratado*, 1947, S. 368; GIRÓN TENA, *Competencia*, S. 368.

252) So z.B. URÍA, S. 68; über die eintragbaren Rechte vgl. Art. 2 EPI.

253) Vgl. ETS Nr. 168, 180, 202.

254) Dazu: QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios*, S. 67/68.

Demgegenüber bestimmt Art. 534 Código Penal, "daß - unabhängig von den in den Spezialgesetzen bestimmten Sanktionen - dieselbe Strafe (Art. 534 I: Gefängnis und Geldstrafe von 10.000 - 100.000 Peseten) diejenigen trifft, die Rechte des gewerblichen Eigentums verletzen".

Nach Art. 8 EPI werden bestraft: "die Fälschung, Aneignung und Nachahmung (von Zeichen), der unlautere Wettbewerb und die falschen Angaben über Herkunft (von Waren) und gewerbliches Ansehen und Ruf". Die für diese Handlungen vorgesehenen Strafen ergeben sich wiederum aus den Art. 131 - 144 LPI.

Nach Art. 7 Código Penal bedeutet dies, daß die Regelung der Art. 131 ff. LPI eine Spezialregelung darstellt ²⁵⁵⁾, die nicht den Vorschriften des Strafgesetzbuches unterworfen ist. Andererseits bestimmt Art. 534 Código Penal, daß unabhängig von der Spezialregelung auch ein rein strafrechtlicher Schutz nach dem Código Penal vorgesehen ist, soweit es sich um Rechte des gewerblichen Eigentums handelt.

Kriterium für die Lösung dieses scheinbaren Widerspruchs muß also die Registrierung der Rechte sein, die zum gewerblichen Eigentum gehören.

Soweit es sich gemäß Art. 8 EPI um die dort beschriebenen Handlungen der Fälschung, Aneignung und Nachahmung eingetragener Rechte handelt, werden die Art. 131 ff. LPI ange-

255) Vgl. RODRIGUEZ DEVESA, S. 152.

wandt, das Strafgesetzbuch, soweit eine Verletzung nicht eingetragener Rechte vorliegt ²⁵⁶⁾.

Die Anwendung dieser Erkenntnisse auf die Ausgangsfrage zeigt, daß strafrechtliche Gesichtspunkte auf den in Art. 131 und 132 beschriebenen unlauteren Wettbewerb nicht angewandt werden können, da es sich nicht um Rechte des gewerblichen Eigentums handelt, die nicht eingetragen sind, sondern um solche, denen der Schutz des Registers nicht zugute kommen kann.

b) Die herrschende Meinung zum Verhältnis der Art. 131 und 132 LPI zueinander

Geht man davon aus, daß es sich bei den Art. 131, 132 LPI um einen Straftatbestand handelt, so folgt daraus, daß die Fälle des Art. 132 gegenüber der Generalklausel des Art. 131 eine begrenzte (limitativo) Kasuistik der möglichen unlauteren Handlungen darstellen. Dieser Ansicht waren vor allem die älteren Autoren wie ROSELLO Y GOMEZ ²⁵⁷⁾, MENDEZ DE VIGO ²⁵⁸⁾ und FERNÁNDEZ CONDE ²⁵⁹⁾.

Auf den im Jahre 1925 ergangenen Real Orden ²⁶⁰⁾ hin, der in seiner Präambel eine Klarstellung des Verhältnisses beider Artikel versuchte, nahm eine Vielzahl von Autoren einen anderen

256) Dazu: MASCAREÑAS, S. 25/26.

257) S. 291.

258) S. 72.

259) La competencia, S. 18.

260) Wortlaut bei MASCAREÑAS, S. 196.

Standpunkt ein. U.a. hieß es: "Unser Gesetz von 1902 definiert im Art. 131 treffend, welche Handlung als unlauterer Wettbewerb anzusehen ist. Die Abfassung des Art. 132, in dem die wichtigsten Fälle aufgezählt sind, wäre nicht notwendig gewesen. Aber der größeren Klarheit wegen sind 7 Fälle aufgezählt, die den Begriff (des Art. 131) erfüllen, ohne daß damit gesagt werden soll, daß andere Fälle, die nicht unter die abschließend (taxativo) aufgezählten fallen, nicht Fälle unlauteren Wettbewerbs sein können, soweit sie in der Definition des Art. 131 enthalten sind".

Dieser Auslegung schlossen sich in der Folgezeit eine Reihe von Autoren an, indem sie den Art. 131 als strafrechtlichen Grundfall ansahen, die in Art. 132 genannten Fälle als beispielhafte Aufzählung betrachteten, so MONTERO PALACIOS ²⁶¹⁾, MASCAREÑAS ²⁶²⁾.

Gegen diese Auffassung hat sich jedoch die überwiegende Anzahl der Autoren ausgesprochen. Teilweise wird zwar anerkannt, daß vom Gesetz her rein systematisch zwischen Generalklausel und Einzelfällen zu unterscheiden ist. Die wesentlichsten Angriffe richten sich jedoch gegen den Begriff der Generalklausel als Grundlage für jedes denkbare unlautere Verhalten. So erkennen GARRIGUES ²⁶³⁾, DÍAZ VELASCO ²⁶⁴⁾, URÍA ²⁶⁵⁾, CARLON ²⁶⁶⁾, GIRÓN

261) S. 242.

262) S. 195/196.

263) Tratado, S. 291/292.

264) Notas, S. 464.

265) S. 65/66.

266) Contribución, S. 291.

TENA ²⁶⁷⁾, AMOR FERNÁNDEZ ²⁶⁸⁾, SANCHEZ CALERO ²⁶⁹⁾, zwar den Versuch an, daß der Gesetzgeber generalklauselartig den unlauteren Wettbewerb regeln wollte. Jedoch betonen sie fast einhellig, daß der Wortlaut selbst, sei es in bezug auf das Merkmal "ungebührlich" oder "den Schutz dieses Gesetzes", nicht geeignet ist, jeden Fall unlauteren Verhaltens unter Art. 131 zu subsumieren. FERNÁNDEZ-NOVOA ²⁷⁰⁾ weist in dem Zusammenhang auf § 1 UWG hin und macht deutlich, daß eine Gegenüberstellung von Art. 131 LPI und § 1 UWG die fehlende generalklauselartige Regelung des spanischen Gesetzes aufzeigt. Art. 131 könne als Generalklausel nicht angesehen werden, da Art. 131, nur etwas weiter gefaßt, den bereits in Art. 132 Buchst. c) geregelten Fall enthält. Ähnlich wird von AMOR FERNÁNDEZ ²⁷¹⁾ das Vorliegen einer Generalklausel im weitesten Sinne verneint, da in Art. 131 LPI nur der unlautere Wettbewerb als Rufausnutzung ("sentido positivo") angesprochen wird, nicht aber die in Art. 132 Buchst. d) und e) geregelten Fälle der Rufzerstörung ("sentido negativo") von Art. 131 mitumfaßt werden. Dasselbe Argument führt MASCAREÑAS ²⁷²⁾ an, obwohl er im übrigen davon ausgeht, daß der unlautere Wettbewerb als "delito", als Straftatbestand

²⁶⁷⁾ Competencia, S. 368.

²⁶⁸⁾ S. 204.

²⁶⁹⁾ Las costumbres, S. 114/115.

²⁷⁰⁾ La interpretación, S. 23/24.

²⁷¹⁾ S. 204.

²⁷²⁾ S. 194.

angesehen werden muß.

Der Gesetzgeber selbst hat im Real Orden von 1925 zwei weitere Fälle der Aufzählung des Art. 132 LPI beigelegt, die vom Art. 131 nicht mitumfaßt werden. So wird in Abschnitt A "der Gebrauch von Münzen, Waffen, offiziellen Titeln und Emblemen, deren Registrierung vom Art. 28 des Gesetzes und Art. 25 des Reglamento vom 15. Januar 1954 als Fall des Art. 132 LPI bezeichnet". In Abschnitt B "wird der Verkauf von in Spanien gefertigten und durch eine registrierte Marke gekennzeichneten Produkten zu einem geringeren Preis als dem vom Hersteller als niedrigsten bezeichneten angesehen, soweit sie ohne dessen Einwilligung erfolgt". Darüber hinaus wiederholte der Orden vom 12. Februar 1936 die Wirksamkeit des Abschnitts B des Real Ordens von 1925.

Es bedarf keines weiteren Hinweises, daß diese beiden angefügten sog. Fälle des Art. 132 in keiner Weise mit Art. 131 in Einklang zu bringen sind ²⁷³⁾.

Obwohl alle genannten Autoren zugeben, daß vom Wortlaut der Art. 132 und 139 LPI her sowie aufgrund Art. 8 EPI alles dafür spricht, daß der Gesetzgeber den unlauteren Wettbewerb im Ansatz als Strafdelikt konsipiert hat, wird von ihnen jedoch darauf hingewiesen, daß die vom Gesetz vorgesehenen Sanktionen nicht nur strafrechtlicher Art sind, sondern in verschiedenen Vorschriften des LPI und

²⁷³⁾ So AMOR FERNANDEZ, S. 204; Abschnitt A und B sind inzwischen aufgehoben worden.

EPI selbst Zivilsanktionen vorgesehen sind, so daß es sich bei dem unlauteren Wettbewerb nach dem LPI um ein "delito civil" oder "cuasi-delito civil" handelt ²⁷⁴⁾.

Nach Art. 144 LPI "sind alle im Titel XI des Gesetzes (Art. 133 - 143) bezeichneten Strafen so zu verstehen, daß zu ihnen akzessorisch die Wiedergutmachung der Schäden und Beeinträchtigungen kommt (como accesorio la indemnización de danos y perjuicios)". Da hiernach auch der Art. 139 mit eingeschlossen ist, der die Fälle des Art. 132 mit Strafe belegt, steht die zivilrechtliche Wiedergutmachung des durch unlauteren Wettbewerb entstandenen Schadens neben der strafrechtlichen Inanspruchnahme des Täters. Dafür sprechen, nach Ansicht der Lehre, ebenfalls die Art. 4, 6, 267, 268, 269 EPI. So wird beispielsweise in Art. 6 EPI wird der "Inhaber eines vom Estatuto geschützten Rechtsguts ermächtigt, vor den Gerichten zivilrechtlich und strafrechtlich (perseguir civil y criminalmente) diejenigen zu verfolgen, die seine Rechte verletzen".

Nach Art. 267 EPI sind die "ordentlichen Gerichte für die Durchführung der Klagen zuständig, sowohl zivile wie strafrechtliche (tanto civiles como criminales), die sich aus dem vorliegenden Estatuto ergeben".

Soweit Klage auf Unrichtigkeit oder Nichtigkeit der Eintragung eines Rechts im Register

274) So URÍA, S. 69; CARLOW, S. 295; DÍAZ VELASCO, Notas, S. 471; GIRON TENA, S. 706.

in Frage steht, wird diese den "Obergerichtshöfen zugeordnet, in dessen Gerichtsbezirk der Beklagte seinen Wohnsitz hat", Art. 268 EPI.

"In allen anderen Fällen", so Art. 269 EPI, "bestimmt sich die Zuständigkeit des Richters in Übereinstimmung mit den Vorschriften der Zivil- und Prozeßordnung".

Während vor allem URIA ²⁷⁵⁾ und DÍAZ VELASCO ²⁷⁶⁾ diese Vorschriften heranziehen, um für den unlauteren Wettbewerb nach Art. 131 und 132 LPI den Zivilrechtsschutz zu begründen, geht CARLON ²⁷⁷⁾ nicht nur soweit, wegen der Regelung des Art. 139 LPI nur die Fälle des Art. 132 als Straftatbestände anzusehen, während alle anderen als reine Zivildelikte bezeichnet werden, sondern schließt sich der Auffassung GIRON TENA's ²⁷⁸⁾ an, der den Fall des Art. 131 LPI als reinen Ziviltatbestand ansieht.

Zusammenfassend kann man in Übereinstimmung mit der "herrschenden Meinung" der spanischen Lehre das Verhältnis der Art. 131 und 132 LPI zueinander wie folgt festlegen:

1. Art. 131 LPI stellt einen Versuch dar, generalklauselartig festzustellen, was als unlauterer Wettbewerb anzusehen ist. Nach dem Wortlaut der Vorschrift ist es jedoch nicht möglich, alle denkbaren Fälle unlauteren Wettbewerb darun-

²⁷⁵⁾ S. 69.

²⁷⁶⁾ Notas, S. 471.

²⁷⁷⁾ S. 295.

²⁷⁸⁾ S. 706.

ter zu subsumieren, da nur jede Handlung, die eine Rufausnutzung darstellt, von ihr erfaßt wird. Darüber hinaus fehlen Abgrenzungskriterien, wann die Rufausnutzung als ungebührlich (indebitamente) anzusehen ist und wer vor ihr geschützt werden soll.

2. Die in Art. 132 LPI genannten Fälle stellen keine abschließende Regelung dar, sondern nennen nur beispielhaft (a modo de ejemplo) 7 Fälle unlauteren Wettbewerbs. Dies folgt zumindest aus dem Real Orden von 1925. Neben den von ihm aufgezählten weiteren Fällen sind also andere Fälle unlauteren Wettbewerbs möglich. Eine Qualifizierung solcher Fälle als unlautere Wettbewerbshandlungen anhand der Vorschrift des Art. 131 LPI ist nur möglich, soweit es sich um eine Rufausnutzung i.S.d. Art. 131 handelt.
3. Der Grundsatz "nulla poena sine previa lege" verhindert die Annahme, bei Art. 131 LPI handele es sich um einen Straftatbestand. Dies kann mit erheblichen Bedenken allenfalls für Art. 132 LPI gelten, soweit nach Art. 139 LPI für jede in Art. 132 LPI genannte Handlung eine Geldstrafe angedroht wird.
4. Jede Rufausnutzung i.S.d. Art. 131 LPI sowie jede unlautere Wettbewerbshandlung, die nicht in Art. 132 aufgeführt ist, ist demnach als reiner Ziviltatbestand anzusehen, wobei nach dem Wortlaut des LPI und des EPI auch den Fällen des Art. 132 neben der strafrechtlichen

Sanktion der Zivilrechtsschutz zugeordnet ist, Art. 144 LPI.

5. Soweit es sich um Fälle des Art. 132 LPI handelt, steht dem Geschädigten ein Wahlrecht zu, den Rechtsweg, den er zur Verfolgung seiner Interessen gegenüber dem "Täter" für angemessen hält, zu wählen. Art. 139 LPI stellt auf einen Antrag des Geschädigten ab (a instancia de parte intersada).

3. Die Generalklausel, Art. 131

a) Allgemeines

Im Prinzip erlaubt der freie Wettbewerb, daß ein Unternehmer seine Kontrahenten "niederkämpft", allerdings hat dies mit lauterer Methoden zu geschehen ²⁷⁹⁾. Nicht jede Handlung, die sich gegen den Mitbewerber richtet und u.U. auch seine Entfernung vom Markt erreicht, ist an sich verwerflich und kann mit den Bestimmungen des Wettbewerbsrechts bekämpft werden. Welches die Voraussetzungen für unlauteres Handeln sind, ergibt sich aus der Generalklausel:

Es muß eine Handlung ²⁸⁰⁾ zu Zwecken des Wettbewerbs unternommen werden;

zwischen dem Unternehmer oder Kaufmann und der Kundschaft muß eine Beziehung bestehen;

die Handlung muß unlauter sein;

es muß die Möglichkeit eines Schadenseintritts bestehen;

derjenige, gegen den sich die Handlung richtet, muß sein (gewerbliches) Eigentum im Schutz des Gesetzes (gemeint ist: Registrierung von Rechten) haben.

279) In diesem Sinne SANCHEZ CALERO, Instituciones, S. 86.

280) Handlung verstanden im Sinne eines aktiven Tuns, vgl. MASCARENAS, S. 57, im Gegensatz zum Nichttun = Unterlassen, das VICENTE ALMELA, S. 69, für möglich hält.

b) Handlung zu Zwecken des Wettbewerbs

Das Vorhandensein eines Wettbewerbsverhältnisses ist eine Voraussetzung dafür, daß eine Handlung als Handlung unlauteren Wettbewerbs angesehen wird ²⁸¹⁾. Ein Wettbewerbsverhältnis liegt vor, wenn sich zwei oder mehrere Personen um das gleiche Ziel bemühen ²⁸²⁾. Daß dieses Ziel ein wirtschaftliches sein muß, ergibt sich aus dem hier betrachteten Wettbewerb von selbst. Das Wettbewerbsverhältnis muß zwischen dem durch den unlauteren Wettbewerb Begünstigten und dem Bedrohten gegeben sein ²⁸³⁾. Den Zwecken des Wettbewerbs in geschäftlichen Verkehr dient die Handlung dann, "wenn durch sie die eigene Stärke (auf dem Markt) gesichert und entwickelt wird" ²⁸⁴⁾, wenn durch sie "zum eigenen Vorteil (en provecho propio) die fremde Kundschaft angezogen wird" ²⁸⁵⁾, "der Umfang der Geschäftsbeziehungen (ámbito de negocios) und der Kreis der Klienten erweitert (ampliar el círculo de clientes) wird" ²⁸⁶⁾.

Der Begriff des Handelns zu Zwecken des Wettbewerbs erfordert in subjektiver Beziehung eine auf Wettbewerb gerichtete Absicht. Nur ein

281) MASCAREÑAS, S. 185; CARLON, S. 287.

282) Vgl. MASCAREÑAS, S. 185; SANCHEZ CALERO, Instituciones, S. 80/81; GARRIGUES, Curso, S. 196; URÍA, S. 67.

283) CARLON, S. 287: "que entre el sujeto activo del acto desleal y el pasivo exista una situación de competencia".

284) GARRIGUES, Curso, S. 210.

285) Vgl. dazu: DÍAZ VELASCO, Notas, S. 461.

286) So URÍA, S. 67; VICENTE ALMELA, S. 59/60; FERNÁNDEZ-NOVOA, La interpretación, S. 14.

Handeln des Kaufmanns wird erfaßt, daß auf die Beeinflussung einer Wettbewerbslage zweckgerichtet ist²⁸⁷⁾. Diese Absicht, "la finalidad industrial o comercial" fordert Art. 131 LPI ausdrücklich, denn die unlautere Wettbewerbshandlung bezieht sich auf die Ausnutzung des industriellen oder gewerblichen Rufs (las ventajas de una reputación industrial o comercial).

c) Beziehung zur Kundschaft - Schutzobjekt des Wettbewerbsrechts

Nach Auffassung der herrschenden Lehre in Spanien besteht der wirtschaftliche Kampf zweier oder mehrerer Kontrahenten im wesentlichen darin, die Kundschaft zu erobern²⁸⁸⁾. Die von den einzelnen im Wettbewerb stehenden Unternehmen und Kaufleuten unternommenen Handlungen werden dadurch zu Wettbewerbshandlungen, daß sie nicht die Kundschaft allgemein erobern wollen, sondern gerade die "clientela ajena", die Kundschaft des anderen gilt es zu erobern. Die Wertschätzung eines Unternehmens oder kaufmännischen Betriebes durch die Kunden und damit der Ruf, la reputación, la nombradía, den sich ein Kaufmann bei den Kunden erworben hat, soll auf den Mitbewerber mittels Beeinflussung der Kunden (actos

287) Vgl. MASCAREÑAS, S. 61. Diese Ansicht stimmt mit der in Deutschland herrschenden Auffassung überein, vgl. NORDEMANN, S. 24; BGH in GRUR 1966, 509, 512.

288) Vgl. MASCAREÑAS, S. 185 und die Fußn. 283, 284.

dirigidos a crear confusión) umgeleitet werden, da sie beide Unternehmen nicht mehr auseinanderhalten können, oder, wenn der wirtschaftliche Kampf härter geführt wird, soll der Ruf des anderen beeinträchtigt oder ganz zerstört werden (actos de denigración).

Die Kundschaft, "elemento de valor"²⁸⁹⁾ des Unternehmens, ist das erklärte Ziel einer jeden Handlung im Wettbewerb. Ist sie erst einmal erobert, bedeutet dies eine Einschränkung der Absatzmöglichkeiten (posibilidades de venta) des Kontrahenten und damit wirtschaftlicher Nachteil im Wettbewerb.

Die außerordentliche Bedeutung, die der Kundschaft im Wettbewerb beigemessen wird, wird nur verständlich, wenn wir uns an dieser Stelle kurz der Frage nach dem Schutzobjekt gegenüber unlauteren Wettbewerbshandlungen zuwenden.

Im Mittelpunkt der Betrachtungen der spanischen Lehre, wem der Schutz vor unlauteren Wettbewerbshandlungen zuteil werden soll, steht die "EMPRESA" oder das "ESTABLECIMIENTO", Das Unternehmen, die Firma, das Geschäft.

In sozialökonomischer Hinsicht stellt die EMPRESA eine unabhängige Organisation dar, "die Güter als auch Dienste für den Markt erzeugt und verteilt (una organización independiente que produce o distribuye bienes y servicios para el mercado)²⁹⁰⁾. Im Rahmen

289) GARRIGUES, Curso, S. 211.

290) FERNÁNDEZ-NOVOA, Reflexiones, S. 8.

dieser Gesamtfunktion obliegt es dem "empresario", dem Unternehmer oder Firmeninhaber, "die Produktionsmittel zu organisieren und zu koordinieren, um sein Angebot der Nachfrage des Marktes anzupassen" ²⁹¹⁾.

Diese "freie Ausübung seiner unternehmerischen Tätigkeit" (el libre ejercicio de su actividad empresarial) ²⁹²⁾ erfolgt dabei im Rahmen von Gesetzen und Vereinbarungen, die ihm einerseits die unternehmerische Freiheit kontinuierlich gewährleisten, ihm andererseits Bindungen und Schranken auferlegen, wie der von ihm geführte wirtschaftliche Kampf geartet sein muß. Damit stellt sich die Frage nach dem rechtlichen Begriff der Empresa (concepto jurídico de la empresa), d.h. welche Güter und Interessen vom Recht als zur "Empresa" gehörig angesehen werden und welche Vorkehrungen das Recht in bezug auf den Schutz vor Beeinträchtigungen derselben getroffen hat.

Wie im deutschen Recht ²⁹³⁾, das die Entscheidung über die Rechtsnatur des Rechts am Unternehmen weder zugunsten eines Persönlichkeitsrechts noch eines Immaterialgüterrechts getroffen hat ²⁹⁴⁾, wird die EMPRESA ganz allgemein als eine Einheit angesehen, "die einmal Tätigkeiten sowie vermögensrechtliche

²⁹¹⁾ In diesem Sinne: FERNÁNDEZ-NOVODA, Reflexiones, S. 8-12. Dies gilt nur, wenn dem Unternehmer eine freie Dispositionsmöglichkeit eingeräumt ist.

²⁹²⁾ URÍA, S. 53; GARRIGUES, Curso, S. 211.

²⁹³⁾ Vgl. dazu die eingehende Bearbeitung von KATZENBERGER, S. 4 ff. u. S. 35 ff. und die dort angegebene Literatur.

²⁹⁴⁾ Vgl. dazu GARRIGUES, Curso, S. 211; ders., La propiedad, S. 15 ff.

Güter als auch tatsächliche Beziehungen umfaßt (un conjunto de actividades y bienes patrimoniales y de relaciones de hecho)" 295).

Um welche Güter, Interessen oder Beziehungen es sich im einzelnen handelt, wurde für den deutschen Bereich vor allem von HUBMANN 296) und KATZENBERGER dargelegt. Danach läßt sich eine Dreiteilung der verschiedenartigen Wertfaktoren des Unternehmens feststellen, in:

1. Selbständig geschützte Arbeitsmittel des Unternehmens, wozu nicht nur Grundstücke, Gebäude, Maschinen und dgl. zu zählen sind, sondern auch verschiedene unkörperliche Rechte, wie gewerbliche Schutzrechte, Urheberrechte, aber auch die Kennzeichenrechte, wie Firma, Warenzeichen und die Ausstattung.
2. Die andauernde Tätigkeit, das ununterbrochene Inbetriebsein des Unternehmens.
3. Unkörperliche Geschäftswerte, die sowohl aus inneren Organisationswerten, wie Erfahrungen, Betriebsgeheimnisse als auch aus den sogenannten Vertrauenswerten bestehen, zu denen u.a. der Ruf des Unternehmens und seiner Erzeugnisse und seine Werbekraft zu rechnen sind.

Ähnlich werden von der spanischen Lehre die Güter und Interessen dem Unternehmen zugeordnet, jedoch mit einer starken Betonung der "actividad empresarial", wobei die Tätigkeit

295) GARRIGUES, Curso, S. 211; FERNÁNDEZ-NOVOA, Reflexiones, S. 13; GARRIGUES, La Propiedad, S. 15.

296) HUBMANN, ZHR 117, 41, 45 ff., ihm folgend: KATZENBERGER, S. 4 ff.

des Unternehmens nicht so sehr diesem selbst als einem Wirtschaftssubjekt zugeschrieben wird, das von der Unternehmerpersönlichkeit zu unterscheiden ist, sondern mehr als ein Ausdruck der letzteren begriffen wird ²⁹⁷⁾.

In bezug auf die "actividad" des Unternehmers hat insbesondere FERNÁNDEZ-NOVOA ²⁹⁸⁾ zwei Bereiche unterschieden: den subjektiven oder dynamischen Wirkungsbereich des Unternehmens (dimensión subjetiva o dinámica de la empresa) zum einen, den objektiven oder statischen Bereich (dimensión objetiva o estática) zum anderen.

Ersterer wird vor allem gekennzeichnet durch ein "ständiges Schaffen, das auf ein bestimmtes Ziel gerichtet ist (un continuo obrar dirigido a un determinado fin)". Dieser Tätigkeit liegen zwei Zielsetzungen zugrunde: die andauernde Schaffung neuer Werte (constante creación de nuevos valores) und die Erhaltung eben dieser Werte (conservación de los valores creados).

Der zweite Bereich umfaßt den sich aus der "actividad" des ersteren ergebenden Erfolg, die Früchte der Tätigkeit des Unternehmers (resultado y fruto de la actividad). Diese bestehen im inneren Bereich des Unternehmens (organización interna) u.a. in Erfahrungen und Betriebsgeheimnissen (experiencias y

297) Vgl. dazu URÍA, S. 53; GARRIGUES, Curso, S. 211; FERNÁNDEZ-NOVOA, Reflexiones, S. 19/34, damit in Übereinstimmung mit HUBMANN, ZHR 117, 41, 51.

298) Reflexiones, S. 19 ff.

secretos), im äußeren Bereich umfassen sie konkrete Beziehungen ²⁹⁹⁾, wie z.B. zur Kundschaft (relaciones externas con la clientela) und den Lieferanten (proveedores). Dazu gehören ebenfalls die 'signos distintivos', die unterscheidenden Kennzeichen des Unternehmens, da ohne sie eine Unterscheidung der Firma im Rahmen der äußeren Beziehungen und damit die "Verwirklichung des Unternehmens auf dem Markt" nicht möglich ist. Innere Organisation und äußere Beziehungen sind die Komponenten des objektiven Bereichs des Unternehmens: sie bilden ein immaterielles Gut ³⁰⁰⁾.

Die Vorschriften der 'COMPETENCIA ILÍCITA' schützen sowohl den subjektiven Bereich des Unternehmens und geben dem Unternehmer die Möglichkeit, Angriffe, die sich auf seine 'actividad' richten, indem sie falsche Behauptungen enthalten oder Verwirrung stiften sollen, abzuwehren. Der gleiche Schutzzweck erstreckt sich auf den objektiven Bereich und soll dem Unternehmer garantieren, daß sich niemand die durch seine eigenen, innerhalb des subjektiven Bereichs, Anstrengungen erreichten Ergebnisse und Erfolge, zunutze macht (impedir la apropiación del resultado de la actividad y del triunfo basado en el propio esfuerzo empresarial).

299) FERNÁNDEZ-NOVOA, Reflexiones, S. 25 zieht hier einen Vergleich zu dem GOODWILL des anglosächsischen Rechts und den insbes. vom deutschen Recht darunter verstandenen CHANCEN oder der WERBEKRAFT.

300) Dieses ist zu unterscheiden von den sonst als Immaterialgüter angesehenen Gütern wie Erfindungen, Patente u. dgl., die die Rechte des gewerblichen Eigentums darstellen.

Kehren wir nun zum Ausgangspunkt unserer Betrachtung zurück, so zeigt sich, daß das Recht des unlauteren Wettbewerbs den Unternehmer in Beziehung zur Kundschaft in zweierlei Hinsicht schützen will: Zum einen ist jede Handlung unlauter, die ihn bereits während seiner Tätigkeit auf Eroberung der Kundschaft mit verwerflichen Mitteln daran zu hindern sucht, zum anderen aber auch die Handlung, die darauf abzielt, die von ihm einmal errungene Kundschaft, das 'elemento de valor', mit verwerflichen Mitteln wegzunehmen. Beiden Handlungsarten ist jedoch gemeinsam, daß eine Beziehung zur Kundschaft besteht.

d) Unlauterkeit der Handlung

aa) Der Wortlaut des Gesetzes

Nach Art. 131 LPI wird die Wettbewerbshandlung zur unlauteren, wenn sie "indebidamente", ungebührlich (contrario al deber) ³⁰¹⁾, vorgenommen wird.

Das Gesetz selbst erläutert diese Voraussetzung an keiner Stelle näher ³⁰²⁾. Dies führte in der Literatur dazu, nach Faktoren zu suchen, die eine Bestimmung und Abgrenzung der unlauteren von der lauteren Wettbewerbshandlung ermöglichen.

301) GARRIGUES, Tratado, S. 368; ders. Curso, S. 213, setzt beides synonym nebeneinander; vgl. dazu auch GIRÓN TENA, S. 368.

302) Darauf weisen u.a. hin: GARRIGUES, Curso, S. 213; SANCHEZ CALERO, Las costumbres, S. 114 ff.; AMOR FERNÁNDEZ, S. 202.

bb) Verbotener und unlauterer Wettbewerb

Zunächst ist zwischen den Begriffen "competencia ilícita" und "competencia desleal", die beide oft synonym gebraucht werden, sowie der "competencia prohibida" zu unterscheiden.

Während DÍAZ VELASCO ³⁰³⁾ die "competencia ilícita" ³⁰⁴⁾ als weitgefaßten Oberbegriff ansieht, der die "competencia prohibida" ³⁰⁵⁾ einerseits und die "competencia desleal" ³⁰⁶⁾ als deren spezielle Unterbegriffe enthält, wobei die "competencia desleal" den unlauteren Wettbewerb im engeren Sinn darstellt, unterscheiden MASCAREÑAS ³⁰⁷⁾, GARRIGUES ³⁰⁸⁾ und SANCHEZ CALERO ³⁰⁹⁾ zwischen competencia prohibida und competencia desleal (SANCHEZ CALERO bezeichnet die competencia desleal als competencia ilícita).

Die competencia prohibida, der verbotene Wettbewerb, vollzieht sich insbesondere durch Verstöße gegen von Unternehmern oder Geschäftsleuten mittels Verträgen aufgestellte Verhaltensweisen oder Verpflichtungen sowie durch Verstöße gegen gesetzlich geregelte Wettbewerbsverbote, die bestimmte Personen oder Firmen betreffen ³¹⁰⁾. Hierunter werden vertragliche Wettbewerbsverbote (pacto de no

303) Diccionario, S. 1017.

304) Ilícito kann man wörtlich übersetzen mit: unstatthaft, rechtswidrig, widerrechtlich, vgl. SLABÝ-GROSSMANN.

305) Verstanden als durch Gesetze oder bes. Verträge "verbotenen Wettbewerb".

306) Desleal steht für treulos, verräterisch, unredlich.

307) S. 185/186.

308) Curso, S. 209.

309) Instituciones, S. 86.

310) vgl. dazu DÍAZ VELASCO, S. 1017; MASCAREÑAS, S. 186.

conurrencia o competencia) ³¹¹⁾ zwischen einzelnen Unternehmen, sowie gesetzliche Wettbewerbsverbote nach den Artikeln 136, 137, 138, 288, 613, 651 des Código de comercio ³¹²⁾, dem Handelsgesetzbuch, und den Artikeln 72 und 73 des Ley del Contrato de Trabajo (Arbeitsvertragsgesetz) gezählt ³¹³⁾.

Ein Verstoß gegen diese Regeln, er kann als "verbotener, gegenvertraglicher Wettbewerb" bezeichnet werden (competencia ilícita anticontractual) ³¹⁴⁾, ist bereits objektiv als unlauterer Wettbewerb anzusehen ³¹⁵⁾.

Im Gegensatz dazu steht der "verbotene außervertragliche Wettbewerb" (competencia ilícita extracontractual) ³¹⁶⁾, der unlautere Wettbewerb im engeren Sinn, die competencia desleal, die nicht in der Verletzung vertraglicher oder gesetzlicher 'Normen' besteht, sondern in Wettbewerbshandlungen, die in sich unlauter sind ³¹⁷⁾.

Wie schon oben ausgeführt, fehlt es an einem Kriterium, mit dessen Hilfe festgestellt werden kann, wann die Wettbewerbshandlung in sich unlauter ist, da Art. 131 LPI nur von einer "indebidamente" vollzogenen Wettbewerbshandlung spricht.

311) So DÍAZ VELASCO, S. 1017; GARRIGUES, Curso, S. 209.

312) In Colección Textos Legales des B.O.E., Madrid Ausgabe August 1972.

313) Vgl. dazu insbes. GARRIGUES, Curso, S. 209; MASCAREÑAS, S. 186; DÍAZ VELASCO, S. 1017.

314) So MASCAREÑAS, S. 186, wobei der Verstoß gegen gesetzliche Normen mit darunterfallen soll.

315) Vgl. GARRIGUES, Curso, S. 209.

316) Vgl. Fußn. 314.

317) MASCAREÑAS, S. 186.

cc) Abgrenzung nach Art. 10 PVÜ

Ein Teil der spanischen Lehre will hier die Generalklausel des Art. 10, 2 PVÜ ³¹⁸⁾ anwenden, wonach jede Wettbewerbshandlung unlauter ist, die entgegen den "usos honrados" oder den "costumbres de probidad", den anständigen Sitten in gewerblicher oder kaufmännischer Hinsicht begangen wird. Die Frage der Wirksamkeit dieser Vorschrift, etwa mit innerstaatlichem Gesetzesrang, wurde vom Tribunal Supremo in einigen wenigen Fällen ³¹⁹⁾ positiv beantwortet und als direkt anzuwendende Komplementärnorm bezeichnet (en el sentido de norma directa complementaria) ³²⁰⁾. Da von allen Autoren die unzureichende Regelung des unlauteren Wettbewerbs bemängelt wird, ist für sie aus diesem Grund Art. 10, 2 PVÜ als Ergänzungsnorm anzuwenden, um im Zweifel den nach Art. 10, 2 Ziff. 1 für alle Verbandsstaaten geforderten Mindestschutz (una protección efectiva) gegen unlauteren Wettbewerb zu gewährleisten ³²¹⁾.

318) Stand London 1934, der Spanien am 20.12.1955 beitrat, B.O.E. 23.4.1956. Der Übereinkunft von Lissabon vom 31.10.1958 ist Spanien noch nicht beigetreten und hat diese auch nicht ratifiziert. Für eine Anwendung haben sich ausgesprochen: SANCHEZ CALERO, Instituciones, S. 87; ders. Las costumbres, S. 118/119; AMOR FERNANDEZ, S. 191 ff.; FERNÁNDEZ-NOVOA, La interpretación, S. 24.

319) ETS Nr. 33, Urteil vom 10. 1.1933;
Nr. 638, Urteil vom 3. 5.1955;
Nr. 1867, Urteil vom 24.10.1963;
Nr. 2547, Urteil vom 13. 4.1967.

320) Vgl. z.B. ETS Nr. 33.

321) Vgl. insbes. SANCHEZ CALERO, Las costumbres, S. 116-118; BAYLOS CORROZA, S. 375, insbesondere Fußn. 252 ebenda.

dd) Abgrenzung nach Art. 10 E. Pub.

Während es sich nach Auffassung des Tribunal Supremo ³²²⁾ bei Art. 10, 2 PVÜ bei der Bestimmung unlauteren Handelns nur um eine Komplementärvorschrift handelt, ist nach Auffassung eines anderen Teils der Lehre ³²³⁾ Art. 10 E. Pub. als Primärvorschrift zur Bestimmung unlauterer Wettbewerbsakte unmittelbar anwendbar. Art. 10 Absatz 1 E. Pub. lautet: "La publicidad como servicio dirigido a los consumidores constituye un instrumento ordenado para orientar su libertad de elección y favorecer la lícita concurrencia en el mercado, quedando sujeta a las leyes, principios y normas que regulan la competencia desleal". - "Die Werbung, als auf die Verbraucher gerichtete Dienstleistung, stellt ein Mittel dar, das sowohl bei der freien Auswahl durch den Verbraucher Orientierungshilfen geben soll, das aber auch den lautereren Wettbewerb auf dem Markt fördern soll, wobei es den Gesetzen, Prinzipien und Regeln über den unlauteren Wettbewerb unterworfen bleibt". In Absatz II, Art. 10 E. Pub. wird näher konkretisiert, welche Handlungen insbesondere als unlauter anzusehen sind: "la actividad publicitaria dirigida a provocar confusión entre bienes o servicios, la que tienda a producir el descrédito de los competidores o de los productos de los mismos y, genéricamente, la que sea contraria a las normas de correc-

³²²⁾ Vgl. Fußn. 303.

³²³⁾ So URÍA, S. 69; FERNÁNDEZ-NOVOA, La interpretación, S. 20; GARRIGUES, Curso, S. 211/216; SANCHEZ CALERO, Las costumbres, S. 119/120; ders. in Instituciones, S. 86.

ción y buenos usos mercantiles". - "Die werbungsmäßige Betätigung, die darauf gerichtet ist, Verwechslung zwischen Gütern und Dienstleistungen hervorzurufen, die darauf abzielt, die Mitbewerber in Mißkredit zu bringen oder die Produkte derselben herabzuwürdigen und, ganz allgemein, diejenige Werbung, die gegen die Regeln des Anstands und der guten kaufmännischen Sitten verstößt".

Ohne an dieser Stelle näher auf die Bedeutung dieser Vorschrift eingehen zu wollen, insbesondere im Zusammenhang mit einem Teil der in Art. 132 LPI aufgeführten Fälle unlauteren Wettbewerbs, zeigt sich jedoch sehr deutlich, daß Art. 10 E. Pub. ein wirksames Instrument darstellt, die unlautere von der lauterer Handlung im Wettbewerb zu unterscheiden, wobei auch Handlungen mitumfaßt werden, die nicht als reine "Werbungstatbestände" anzusprechen sind.

e) Möglichkeit eines Schadenseintritts

Der Schaden, den der Mitbewerber durch die unlautere Wettbewerbshandlung erleidet, liegt im "aprovechamiento", in der Ausnutzung der von ihm erworbenen Vorteile, die ihm durch Ruf und Wertschätzung bei der Kundschaft auf dem Markt zuteil werden. Allerdings wird nicht gefordert, daß ein Schaden bereits entstanden ist, es genügt schon die Möglichkeit, daß dieser entstehen könnte (Basta la posibilidad de que pueda producirse el perjuicio ³²⁴⁾).

324) Vgl. MASCAREÑAS, S. 207; CARLON, S. 288 u. 290; GIRÓN TENA, S. 707.

Nach Art. 131 LPI reicht bereits der Versuch einer Ausnutzung (toda tentativa de aprovecharse) aus, die Handlung als unlauter zu erklären, und damit die Möglichkeit, daß ein Schaden eintreten kann ³²⁵⁾.

f) Notwendigkeit der Registrierung eines Rechtsguts des gewerblichen Eigentums

Nach dem Wortlaut des Art. 131 LPI scheint nur derjenige mittels einer unlauteren Wettbewerbshandlung angegriffene Mitbewerber gegen ein solches Vorgehen seines Konkurrenten geschützt zu sein, "der sein Eigentum unter dem Schutz dieses Gesetzes hat (que tenga su propiedad al amparo de la presente Ley)".

Diese Auslegung nach dem Gesetzeswortlaut hat in der spanischen Rechtslehre zu der wohl größten Kontroverse über die Geltung und den Regelungsumfang des Art. 131 LPI geführt.

Während die älteren Autoren wie GIRÓN TENA ³²⁶⁾, NAVAS ³²⁷⁾ und ROSSELLO ³²⁸⁾ einstimmig die Eintragung eines zum gewerblichen Eigentum gehörigen Gutes als Voraussetzung für einen Schutz vor unlauterem Wettbewerb forderten, hat zuerst DÍAZ VELASCO ³²⁹⁾ und ihm folgend

325) GARRIGUES, Curso, S. 212/213 folgert daraus, daß deshalb keine Schadensersatzklage nötig ist, sondern die Bestrafung des Täters mit einer Geldstrafe ausreicht.

326) S. 706.

327) In Concordancias, S. 337.

328) S. 83.

329) Notas, S. 457/462; ders. in Delitos, S. 143; ders. in Diccionario, S. 1019/1020.

SANCHEZ CALERO ³³⁰⁾, CARLON ³³¹⁾, URÍA ³³²⁾,
GARRIGUES ³³³⁾ und FERNÁNDEZ-NOVOA ³³⁴⁾ diese
Einschränkung des Schutzes abgelehnt.

DÍAZ VELASCO weist in diesem Zusammenhang mit
Recht darauf hin, daß zunächst unterschieden
werden muß zwischen einem Verstoß gegen einge-
tragene Rechte, den typischen, vom Gesetz als
Spezialdelikte normierten Nachahmungs- und Ge-
brauchstatbeständen, wie sie in den Art. 133 ff.
LPI geregelt sind, und der 'competencia
ilícita' als davon getrennt zu betrachtende,
unabhängige Figur unlauteren Handelns (figura
distinta y independiente de los tipos de-
lictivos especiales relativos a los derechos
registrados). Spricht der Gesetzgeber von
einem "amparo", dem Schutz des Gesetzes, so
bezieht sich dieser lediglich auf die regi-
strierbaren und registrierten Rechte, wie
sie in Art. 2 LPI aufgeführt sind ³³⁵⁾. Als
Grund dafür, daß auch bei unlauteren Wettbe-
werbshandlungen i.S.d. Art. 131 LPI der Schutz
des Gesetzes verlangt wird, sieht er die Ent-
stehungsgeschichte der spanischen Regelung
an, wonach zunächst den Firmenzeichen als
Unterscheidungsmerkmal auf dem Markt besonde-
rer Schutz zuteil wurde.

Daraus resultiert nach Meinung DÍAZ VELASCOS
die vom Gesetzgeber irrtümlich geforderte Re-

330) Las costumbres, S. 115.

331) S. 291.

332) S. 67/68.

333) Curso, S. 212.

334) La interpretación, S. 24.

335) DÍAZ VELASCO, Notas, S. 462; ebenso CAR-
LON, S. 291.

gistrierung eben dieser Zeichen, um dem einzelnen Unternehmen einen Schutz vor unlauterem Wettbewerb zu gewähren (Supervivencia errónea de la Comunidad de origen de toda esta familia de delitos).

Der Irrtum des Gesetzgebers besteht folglich darin, die "Competencia ilícita" als zum Immaterialgüterrecht gehörig anzusehen.³³⁶⁾

Andererseits läßt sich ein entgegenstehender Wille des spanischen Gesetzgebers dahingehend feststellen, daß keiner der in Art. 132 LPI aufgeführten Fälle sich weder ausdrücklich noch stillschweigend auf registrierte Rechte bezieht³³⁷⁾, sondern auf nicht einmal registrierbare Rechte³³⁸⁾. Der Gesetzgeber hat diese offensichtliche Antinomie in Art. 1 des Ausführungsgesetzes vom 12. 6. 1903 dahingehend gelöst, indem er anordnete, daß "die falsche Herkunftsbezeichnung und der unlautere Wettbewerb ohne vorhergehende Verwaltungsformalitäten verfolgbar sind".³³⁹⁾ Auch Art. 4 EPI läßt

336) Vgl. Carlon, S. 291.

337) Vgl. dazu übereinstimmend die unter Fußnote 329 - 334 genannten Autoren.

338) La DIAZ VELASCO, Notas, S. 464; URÍA, S. 68.

339) "La falsa indicación de procedencia y la competencia ilícita pueden perseguirse sin necesidad de llenar previamente formalidades administrativas de ninguna clase", was nach DIAZ VELASCO, Notas, S. 463, gleichzusetzen ist mit "der fehlenden Eintragung im Register"; ders., in Delitos, S. 143. Allerdings weist dieser Verfasser auf einen Nachteil bei der Verfolgung einer unlauteren Wettbewerbshandlung hin: Während die Verletzung eines registrierten Rechts objektiv der Tat Deliktscharakter verleiht (objetivación de la figura delictiva), muß der Geschädigte die dolose Absicht seines Kontrahenten nachweisen (demuestre el ánimo específicamente doloso de su competidor), DIAS VELASCO, Delitos, S. 144; Notas, S. 463, 466.

eine Verfolgung der falschen Herkunftsbezeichnungen und des unlauteren Wettbewerbs ohne eben diese Formalitäten zu ³⁴⁰⁾.

Ohne die vom Gesetzgeber selbst gemachte Einschränkung im Hinblick auf die Notwendigkeit der Registrierung nach Art. 131 LPI wäre dies nach herrschender Meinung auch eine vom Gesetz ausgesprochene Einladung an alle Mitbewerber, diejenigen Kontrahenten nunmehr mittels unlauterer Wettbewerbshandlungen auszustechen, die den Registerschutz nicht für sich in Anspruch nehmen könnten ³⁴¹⁾. Eine derartige Reflexwirkung ist ohne Zweifel vom Gesetzgeber niemals beabsichtigt gewesen. Aber festzuhalten bleibt an dieser Stelle, daß eine Vorschrift, die bereits nach ihrem Wortlaut Unklarheiten schafft, für eine wirksame Bekämpfung unlauterer Methoden im Wettbewerb schwerlich geeignet ist. Dennoch geben das Gesetz und der Sinnzusammenhang, in dem die Art. 131 ff. LPI stehen, uns die Möglichkeit, eine - auch praktikable - Unterscheidung von zweierlei Verstößen anzunehmen, auf die DIAZ VELASCO bereits 1946 ³⁴²⁾ hingewiesen hat: Einerseits die Verletzung registrierter Rechte, für die es nötig aber auch ausreichend ist, daß sie im Register eingetragen sind; zum anderen Verstöße gegen nicht registrierbare und registrierbare, aber nicht registrierte, Rechte, für deren Nachweis es ausreichend und nötig ist, daß der Verletzer die

340) So auch SANCHEZ CALERO, *Las costumbres*, S. 115; URIA, 1982, S. 69.

341) So z.B.: DIAZ VELASCO, *Notas*, S. 457; GARRIGUES, *Curso*, S. 230.

342) In *Notas*, S. 465.

Verletzungshandlung mit der Absicht unlauteren Wettbewerbsverhaltens begangen hat. DIAZ VELASCO schlägt daher vor, um alle Unklarheiten der Auslegung zu vermeiden, die Generalklausel des Art. 131 LPI dahingehend zu erweitern, daß nur die Handlungen als 'unlauter' anzusehen sind, "soweit sie nicht schon vom Gesetz als andere Delikte angesehen werden"³⁴³⁾.

g) Zusammenfassend erscheint die Generalklausel des Art. 131 LPI daher als Versuch einer generellen rechtlichen Regelung eines Verhaltens, das, soweit ein Wettbewerbsverhältnis vorliegt, darauf gerichtet ist, den Kontrahenten in ungebührlicher Weise bei seiner Unternehmertätigkeit zu stören, als auch durch diese Tätigkeit geschaffene und erreichte Werte zu beeinträchtigen, was bei dem anderen zu einem Schaden führen kann. Nicht erforderlich ist dabei, daß der mit der C. I. bedrängte Kontrahent ein registriertes Recht besitzt.

4. Die Tatbestände des Art. 132 LPI

a) Allgemeines

Wie wir oben ³⁴⁴⁾ berichtet haben, kann als unlautere Wettbewerbshandlung i.S.d. Art. 131 LPI nur diejenige Handlung angesehen werden, die eine Rufausnutzung³⁴⁵⁾ darstellt. Nicht mitumfaßt wird von der in der Generalklau-

343) In Notas, S. 465: "... siempre que tales actos no estén ya calificados en la ley como delitos diferentes".

344) S. 81 ff.

345) Vgl. dazu S. 87.

sel gewollten Tatbestandsregelung, etwa die Rufzerstörung oder andere denkbare Fälle unlauteren Verhaltens. Daraus ergibt sich für die Einteilung der einzelnen in Art. 132 LPI aufgezählten Tatbestände folgendes:

Einerseits sind die Einzeltatbestände nicht erschöpfend, sondern nur als Beispiel aufgeführt ³⁴⁶⁾. Wäre Art. 131 LPI eine Generalklausel im engeren Sinn, etwa mit demselben Regelungsgehalt wie § 1 UWG, so könnten die Beispiele des Art. 132 zur Erläuterung eines einzelnen Tatbestandsmerkmals des unlauteren Wettbewerbs, etwa dem Verstoß gegen die guten kaufmännischen Sitten, dienen. Die Einzeltatbestände würden dann ihre Anwendung nur in Verbindung mit der Generalklausel finden, d.h. nur dann, wenn auch alle anderen Tatbestandsmerkmale der Generalklausel vorlägen. Andererseits könnten die Grundsätze der Generalklausel aber auch auf solche Tatbestände Anwendung finden, für die sich aus den Einzelvorschriften des Art. 132 überhaupt keine Anhaltspunkte ergeben ³⁴⁷⁾.

Bei näherer Untersuchung der Einzeltatbestände des Art. 132 in dieser Hinsicht zeigt sich, daß nur einen Teil der 7 Tatbestände des Art. 132 die soeben genannte Erläuterungsfunktion zu der Generalklausel zukommt. Dabei handelt es sich um die Tatbestände a, b, c, f und g, die sich über eine "ungebührliche Rufausnutzung" i.S.d. Art. 131 verhalten.

Dabei ist FERNÁNDEZ NOVOA ³⁴⁸⁾ zuzustimmen,

³⁴⁶⁾ S. 86.

³⁴⁷⁾ S. 86 ff.

³⁴⁸⁾ La interpretación, S. 23/24.

wonach der erläuternde Zusammenhang besonders bei einer Gegenüberstellung von Art. 131 und Ziff. c des Art. 132 LPI, die nach seiner Meinung nur eine weitere Fassung des Art. 131 LPI darstellt, deutlich wird.

Die verbleibenden Tatbestände d und e des Art. 132 LPI regeln nicht das Sich-Anhängen an einen von einem Mitbewerber erworbenen Ruf und dessen Ausnutzung, sondern das gerade Gegenteil ("Sentido negativo" ³⁴⁹⁾), "die Rufzerstörung", die Herabwürdigung des Kontrahenten.

Der Unterschied zwischen der deutschen und der spanischen Regelung tritt hier klar zutage: Während der deutsche Gesetzgeber die Vorschrift des § 1 UWG - die sog. Generalklausel - im Gesetz nirgends mehr erläutert, ihre Anwendung und die Aufstellung von Unternormen der Rechtsprechung überläßt, wurden vom spanischen Gesetzgeber Tatbestände geschaffen, welche die von Art. 131 LPI gewollte Regelung beispielhaft konkretisieren sollen. Jedoch auch hier erfolgt dies nicht konsequent, da mit den Buchstaben d und e zwei Tatbestände aufgeführt werden, die den von Art. 131 gesteckten Rahmen sprengen. Diese beiden Regelungen sind daher als Sondertatbestände anzusehen, deren Verwirklichung zwar das Wettbewerbsrecht verletzt, aber keine Rufausnützung i.S.d. Art. 131 darstellt.

Insoweit zeigt sich eine gewisse Ähnlichkeit mit der deutschen Regelung. Bei den Wettbewerbs-handlungen nach dem UWG, die unter seine Sondervorschriften fallen, handelt es sich um solche, die zwar das Wettbewerbsrecht verletzen,

349) AMOR FERNÁNDEZ, S. 204.

die aber nicht sittenwidrig i.S.d. § 1 UWG sein müssen: Die Erfüllung des Tatbestands einer Sondervorschrift reicht aus, um eine Verletzung anzunehmen. Die Generalklausel beherrscht dabei das ganze Gesetz insoweit, als sie - wo die Einzelvorschriften nicht ausreichen - ergänzend und auslegend eingreift.

b) Einteilung der Tatbestände

Nach den im vorhergehenden Abschnitt gewonnenen Erkenntnissen bezüglich der beiden Arten unlauterer Wettbewerbshandlungen sind die in Art. 132 beschriebenen Tatbestände in zwei Gruppen aufzuteilen:

1. Art. 132 Buchstaben a, b, c, f, g
- Fälle der Rufausnützung -,
2. Art. 132 Buchstaben d und e
- Fälle der Rufzerstörung -.

Vom Effekt her betrachtet, der sich aus der unlauteren Wettbewerbshandlung ergibt, bezeichnet die spanische Lehre die Handlungen der ersten Gruppe als:

"actos dirigidos a crear confusión"
- Handlungen, die eine Verwechslung (über die Firma, Waren usw. eines Konkurrenten) beim Kunden hervorrufen sollen -,

die zweite Gruppe als:

"actos de denigración"
- Handlungen, die auf Verleumdung und Anschwärzung gerichtet sind, durch die der Mitbewerber bei der Kundschaft in Mißkredit (descrédito) gebracht werden soll -.

Innerhalb dieser beiden Gruppen wäre noch eine Unterteilung dahingehend möglich, ob sich der unlautere Wettbewerb nur gegen einen bestimmten

Wettbewerber ³⁵⁰⁾ (determinado competidor) oder gegen die Mitbewerber im allgemeinen richtet (todas las competidores en general) ³⁵¹⁾, was sich aus der Fassung des Buchstaben f herleiten läßt ³⁵²⁾.

Weiterhin könnte auch die Gruppe der "Denigración" (Buchstabe d und e) noch unterteilt werden in Handlungen, die sich gegen die Person des Kontrahenten (Buchstabe d) richten oder gegen seine Produkte (Buchstabe e) ³⁵³⁾.

Der Tatsache, daß Art. 132 nur beispielhaft unlautere Wettbewerbshandlungen aufzählt, andererseits aber von der Lehre auch andere Fälle unlauteren Wettbewerbs als in Art. 132 angesprochen angesehen werden - wie etwa Buchstabe f -, wird man dadurch gerecht, daß man,

MASCAREÑAS folgend ³⁵⁴⁾, neben die beiden Gruppen der 'confusión' und 'denigración' auch noch die Fälle der 'desviación' setzt: Handlungen, die die Abwerbung und das "Umleiten" der Kundschaft zum Gegenstand haben, ohne dabei einen bestimmten Kontrahenten im Auge zu haben und ohne ihn gezielt anzusprechen. Dieses sind somit Handlungen, bei denen der Werbende seine Produkte mit Attributen belegt, die diese nicht besitzen. Da er infolge des

350) Das folgt durch die in den Buchstaben a, b, c, d, e und g jeweils vorgesehene konkrete Bezugnahme auf einen bestimmten Kontrahenten.

351) Vgl. etwa dazu den nach deutschem Recht in einem derartigen Fall als unlauter angesehenen 'Vorsprung durch Rechtsbruch'.

352) So Calero, Instituciones, S. 88 und GARRIGUES, Curso, S. 214.

353) So etwa GARRIGUES, Curso, S. 214.

354) MASCAREÑAS, Los delitos, S. 187 ff.

Eingehens der Kundschaft auf diese Werbung einen Umsatzzuwachs erfährt, schädigt er damit alle anderen Mitbewerber. Ein Fall also, der wieder dem im deutschen Recht bekannten Vorsprung durch Rechtsbruch nahekommt.

aa) Hervorrufung von Verwechslungsgefahr - Ausnutzung fremden Rufs -

- actos dirigidos a crear confusión -
- Art. 132, Buchstaben: a, b, c, f, g.

1. Allgemeines:

In der Regel hängt die Marktbehauptung eines Mitbewerbers von der Qualität seiner Erzeugnisse und seiner Leistungen ab, wobei ihre Eigenart und ihre Eigenschaften oft eine kaufbestimmende Rolle spielen.

Für die Wettbewerber haben daher die Mittel der Individualisierung ihrer Unternehmen, ihrer Erzeugnisse und Leistungen auf dem Markt besondere Bedeutung, denn nur so werden die Käufer in die Lage versetzt, einen Wettbewerber von den anderen, ein Erzeugnis von anderen zu unterscheiden. Durch Verwendung gleicher oder ähnlicher Kennzeichen ³⁵⁵⁾ entsteht für die Käufer die Gefahr, Unternehmen bzw. ihre Leistungen oder Produkte zu verwechseln. Welche Vorstellungen hat der spanische Gesetzgeber 1902 bei Abfassung der Art. 131, 132 bezüglich möglicher Verwechslungstatbestände nun gehabt, und was hat er als regelungsbedürftig angesehen?

355) Hier im Sinne eines allgemeinen Unterscheidungsmerkmals, nicht im Sinne eines registrierbaren Rechts.

2. Art. 132, Buchstabe a

Eine unlautere Wettbewerbshandlung liegt gem. Art. 132 a darin, die äußere Aufmachung eines Geschäftslokals, nämlich Aushängeschilder, Fassaden, Firmenschilder, Embleme, Auslagen und dergleichen mehr nachzuahmen. Es genügt dabei eine zu Verwechslungen Anlaß gebende Ähnlichkeit, eine Verwechslung mit einem anderen Geschäft, einer anderen Firma, der des Mitbewerbers.

Wer einmal in Spanien, insbesondere in großen Städten, die Aufmachung von großen Geschäften und Banken wahrgenommen hat, findet gerade im z.T. immensen Luxus und Aufwand beim verwendeten Material bestätigt, daß das "Lay out" in Spanien beim Kundenfang eine erhebliche Rolle spielt ³⁵⁶⁾.

Aber auch jedes andere äußere Kennzeichen als Unterscheidungsmerkmal oder Hinweis auf ein bestimmtes Unternehmen, wie Transportmittel, Kleidung von Angestellten, kann bei Nachahmung unlauter sein.

Weiterhin müssen nach dem Wortlaut der Vorschrift die Unternehmen artverwandt, d.h. aus derselben Branche sein (igual clase). Eine Verwechslung kann demnach zum Beispiel nicht zwischen einem Schuhgeschäft und einer Apotheke erfolgen ³⁵⁷⁾. Auch müssen beide verwechselbare Geschäftslokale eine gewisse räumliche Bezie-

³⁵⁶⁾ La forma externa de presentación, MASCAREÑAS, S. 202. Vgl. dazu § 16 III UWG und die einschlägige Kommentierung, wann Schaufensterauslagen Geschäftsabzeichen sind oder Musterschutz genießen.

³⁵⁷⁾ So MASCAREÑAS, S. 202.

hung zueinander haben (contiguo, d.h. anstoßend oder ganz in der Nähe).

3. Art. 132, Buchstabe b

Während Art. 132 a die äußeren Unterscheidungskennzeichen meint, schützt Art. 132 b die äußeren Kennzeichen der Erzeugnisse des Unternehmens. Als äußeres Kennzeichen ist hier die Verpackung (embalaje), d.h. jede Art Hülle, Behältnis gemeint ³⁵⁸⁾. Erforderlich ist allerdings, daß die "Hülle" der Ware ihre eigene, sie von Waren anderer Mitbewerber unterscheidende, abgrenzende Eigentümlichkeiten ³⁵⁹⁾ hat, sonst ist eine Verwechslungsmöglichkeit schon tatbestandlich nicht denkbar.

Auch hier muß es sich um Produkte derselben Art oder eines gleichen Geschäftszweiges handeln (casa competidora).

4. Art. 132, Buchstabe c

Soweit nach Art. 132 a und b die Rufausnützung in der Nachahmung (imitación) sichtbarer Merkmale, die von der Kundschaft wahrgenommen werden sollen, und worauf sich ihr Augenmerk im wahrsten Sinne des Wortes richtet, bestand, stellt Art. 132 c auf eine gedankliche Verwirrung beim Kunden ab, nämlich die Verwechslung oder falsche Schlußfolgerung, das Unternehmen habe mit einem Ort, an dem ein Geschäft mit

358) MASCAREÑAS, S. 203, weist dabei auf den Willen des spanischen Gesetzgebers hin, der nach Nr. 1 des Real Orden vom 28. 11. 1925 in bezug auf Art. 132 eine weite Auslegung erfordere.

359) Vgl. dazu in Deutschland § 25 WZG und die rechtliche Regelung des Schutzes der "Aufmachung" oder "Ausstattung" von Waren.

gutem Ruf sitzt, etwas zu tun. Wörtlich sieht Art. 132 c eine unlautere Handlung dann, wenn ein Firmenname ausgewählt wird unter Benutzung eines Ortsnamens, der durch ein bestehendes angesehenes Unternehmen bekannt ist, wenn damit bezweckt wird, sich dieses Ansehens in unlauterer Weise zu bedienen ³⁶⁰⁾.

5. Artikel 132, Buchstabe f

Sich ganz allgemein in Anzeigen entgegen den Tatsachen als Depositär, Vertreter eines (bestimmten) nationalen oder ausländischen Produkts anzupreisen, ist nach Art. 132 f. weitere unlautere Wettbewerbshandlung.

Die Art der Ankündigung, der Werbung ("anunciarse") ist dabei vielfältig und nicht auf die Medien allein beschränkt ³⁶¹⁾. Gleichzeitig kann anstatt eines Depots auch eine Generalvertretung, ein Alleinvertrieb und dergleichen mehr Subjekt der Ankündigung sein ³⁶²⁾.

6. Artikel 132, Buchstabe g

Nach dieser Vorschrift liegt eine unlautere Wettbewerbshandlung im ohne entsprechende Ermächtigung erfolgenden Gebrauch von Angaben und Bezeichnungen wie: "hergestellt nach Art von ...", "in Übereinstimmung mit dem Verfahren der Firma ...", es sei denn, die Formel oder das Herstellungsverfahren sei gemeinfrei.

360) MASCAREÑAS weist hier auf vorgekommene Verwechslung mit bekannten Wirtschaftsgruppen wie den Nugatfabrikanten von Jijona oder Weinbauern von Alella oder Rioja hin, S. 205.

361) Vgl. dazu die Aufzählung der diversen Möglichkeiten bei MASCAREÑAS, S. 203/204.

362) Vgl. Fußn. 358).

Die Bezugnahme auf ein Herstellungsverfahren kann dabei von ihrer Erscheinungsform her vielfältig sein, nämlich auf Etiketten, Geschäftswerbung, Abhandlungen und dergleichen mehr.

7. Artikel 132 c, f und g und die Herkunftsangaben

Wie schon Art. 132 c und f hat Artikel 132 g Fälle im Auge, bei denen der Mitbewerber auf eine Verwechslung bei der Kundschaft baut, dergestalt, daß der Kunde der jeweiligen Ware eine bestimmte Herkunft und, damit verbunden, eine bestimmte Beschaffenheit beimißt.

Grundsätzlich sind geographische Herkunftsangaben als mittelbarer oder unmittelbarer Hinweis auf die örtliche Herkunft der Ware zulässig, soweit die Ware tatsächlich von dort stammt, dasselbe gilt für Beschaffenheitsangaben. Für die Benutzung beider bildet das Täuschungsverbot die einzige Schranke ³⁶³⁾.

Bei einer Vielzahl von Waren stehen Herkunft und Qualität in enger Beziehung. Für den Verbraucher ist die Herkunft eines Produkts oft die allein zuverlässige Orientierungshilfe bei der Feststellung der Qualität, die Art der Herstellung des Produkts oft sein entscheidendes Kennzeichen. Meistens sind beide Faktoren nebeneinander für den Kaufentschluß entscheidend, die Wechselwirkung zwischen geographischer Her-

363) Zum Schutz geographischer Herkunftsangaben in Deutschland vgl. Baumbach-Hefermehl, S. 967 ff.; zur Einordnung dieses Schutzes unter § 3 UWG auch BEIER, Täuschende Reklame und Schutz geographischer Herkunftsangaben, in: Est. GARRIGUES, 1971, II, S. 81 ff.

kunft und Qualität ist derartig groß, daß sie zu einem besonderen Ruf im Verkehr führt.

An diesem hängt sich der Mitbewerber an, versucht die Vorteile für sich abzuschöpfen, wobei er durch Bezugnahme auf

1. einen für ein bestimmtes Unternehmen bekannten Ort (Art. 132 c),
2. den durch ihn erfolgenden Vertrieb bestimmter inländischer oder ausländischer Produkte (Art. 132 f),
3. Herstellungsverfahren anderer bekannter Firmen bei seinen Produkten (Art. 132 g)

den Verbraucher täuscht, wenn dieser aufgrund der vorerwähnten Angaben den Produkten eine ganz konkrete "Herkunftsbeschaffenheit" ³⁶⁴⁾ beimißt, die indessen nicht vorliegt.

Der Schutz vor einem Mißbrauch geographischer Herkunftsangaben kann nun in absoluter Weise erfolgen, wie dies z.B. beim Warenzeichen der Fall ist, oder aber durch Verbotsnormen im Rahmen des Rechts gegen unlauteren Wettbewerb.

Der den Herkunftsangaben vom deutschen Recht gewährte Schutz ist ein Schutz gegen Irreführung des Verkehrs, der seinem Schwerpunkt nach wettbewerblich ausgestaltet ist und systematisch als ein Unterfall des Schutzes gegen täuschende Reklame i.S.d. § 3 UWG angesehen wird ³⁶⁵⁾.

364) Vgl. dazu BEIER, a.a.O., S. 95.

365) Dazu gehören natürlich auch die übrigen Schutzvorschriften des deutschen Rechts, die verstreut im Warenzeichengesetz, in der Lebensmittel- und Weingesetzgebung und in einigen Sondergesetzen enthalten sind, vgl. dazu den Überblick bei BEIER.

In Spanien ist die Ausgestaltung durch das EPI, Artikel 244 - 253, erfolgt, wobei die Frage auftaucht, ob das EPI aufgrund des besonderen Charakters der geographischen Herkunftsangaben diese als eine Art kollektives Kennzeichen schützt, nämlich dann, wenn diejenigen Herkunftsangaben in Rede stehen, die nicht nur auf die Herkunft, sondern auch auf die besondere Qualität der Ware hinweisen, die im Verkehr einen besonderen Ruf genießen.

Da wir uns hier bei der Untersuchung von Fällen der Rufausnützung nach spanischem Wettbewerbsrecht befinden, soll kurz auf die spezifischen Eigenschaften des vom EPI den Herkunftsangaben gewährten Schutzes eingegangen werden.

In Art. 244 EPI finden wir zunächst eine Begriffsbestimmung dessen, was eine Herkunftsangabe ("indicación de procedencia") ist, nämlich die Bezeichnung eines geographischen (Orts-)Namens als Teil einer Marke oder im Zusammenhang mit ihr, als Ort der Herstellung, Zubereitung oder Gewinnung eines Produkts.

Art. 245 räumt allen Fabrikanten oder Herstellern an diesem Ort das Recht ³⁶⁶⁾ ein, den Ort als Herkunftsbezeichnung auf ihren Waren zu führen.

Art. 248 gibt dann eine Definition dessen, was eine falsche (falsa) Herkunftsangabe ist, nämlich einen Herkunftsort anzugeben, an dem das Produkt nicht hergestellt wurde.

Allerdings gestattet Art. 250, soweit ein Hinweis auf die Ortsverschiedenheit zwischen Ur-

366) "Als kollektives Recht" i.d.S. MONTERO PALACIOS, S. 141; BAYLOS CORROZA, S. 881 ff.; vgl. im übrigen die Darstellung bei FERNÁNDEZ-NOVOA, La protección ...

sprung des Produkts und Verkaufsort erfolgt, die Benutzung der Herkunftsangabe jedem entsprechenden Teilnehmer.

Interessant ist dabei, daß Art. 250 expressis verbis dabei den Verbraucher (el consumidor) schützen will, indem er anordnet: "... en forma tal que el consumidor advierta la duplicidad de lugares".

Weiterhin macht Art. 251 eine Ausnahme von einer falschen Herkunftsangabe dann, wenn sich eine Ware schon allein durch eine geographische Ortsnennung derart auszeichnet und dadurch im Handel eine allgemeine Artbeschreibung (= Gattungsbegriff) erfolgt, so daß nicht die Herkunft, sondern die Eigenart des Produkts (naturaleza), seine Zusammensetzung (composición) oder spezielle Machart (forma especial de ser) angezeigt werden soll ³⁶⁷⁾.

bb) Fälle der Rufzerstörung

- actos de denigración
- Art. 132, Buchstaben d und e

1. Allgemeines

Hat ein Marktmittelbewerber im Kampf nun die Gunst des Kunden, gegebenenfalls die Erkenntnis ge-

367) Z.B. die allgem. Bezeichnung, wie Champagner, Cognac (so Montero Palacios, S. 143; BEIER, S. 98).
Art. 251 stellt hier also darauf ab, ob das Publikum, der Handel, der Verbraucher die jeweilige Auffassung hat, es handele sich um eine geographische Bezeichnung und damit Herkunftsangabe oder lediglich um eine Gattungsbezeichnung.
Im Streitfall entscheidet dabei (Art. 251 2. Absatz) das Wirtschaftsministerium.

wonnen, sein Konkurrent hat aufgrund seiner Persönlichkeit oder Beziehungen zur Kundschaft, aber auch aufgrund des Erfolges durch Qualität seiner Produkte ihm gegenüber einen - zulässigen, durch lautere Mittel erworbenen - Vorsprung erreicht, so kann er den Kampf im Gegensatz zu der im vorhergehenden Abschnitt beschriebenen Methode auch damit führen, daß er durch Anschwärzung und Diffamierung und Herabsetzung der Person des Mitbewerbers (Fall des Art. 131 d) oder seiner Produkte (Fall des Art. 131 e) den Mitbewerber dadurch zu schwächen versucht. Die Kundschaft wird abgelenkt, er versucht sie sodann an sich zu ziehen und erreicht dadurch einen ungerechtfertigten Vorteil.

2. Art. 132, Buchstabe d

Nach dieser Vorschrift stellt sich unlauterer Wettbewerb dann ein, wenn der Mitbewerber dazu übergeht, über seinen Konkurrenten (rival) wesentlich (a sabiendas) ³⁶⁸⁾ falsche Behauptungen zu verbreiten (propalar) ³⁶⁹⁾, die nicht nur gegen den Kontrahenten (contra un rival) laufen, und ihn auch speziell anschwärzen sollen, sondern mit dem weiteren Effekt und gewünschten Ziel (con objeto), ihm die Kundschaft abspenstig zu machen..

368) Diese Formulierung entspricht der in unserem Recht gebräuchlichen Formulierung: "wider besseres Wissen".

369) Propalar = (wörtlich) ausposaunen (siehe Wörterbuch Spanisch-Deutsch, SLABÝ/GROSSMANN, 11. Aufl. 1969). Die h.L. sieht in dieser Formulierung ein Synonym für jegliche denkbare Form der Verbreitung, so z.B. MASCARENAS, S. 205; BAYLOS COROZA, S. 335.

Die Verbreitung der unwahren Behauptung, die den Gegner treffen soll, steht im Vordergrund dieser Vorschrift.

Die Lehre ist sich einig, daß hier jede denkbare Form gemeint ist, die Kundschaft des anderen zu beeinflussen. Die anschwärzende Handlung kann dabei in Wort, Schrift oder Bild erfolgen, wobei auch vertrauliche oder diskrete Mitteilungen den gewünschten Erfolg hervorrufen können.

Dabei muß sich die Verbreitungshandlung durch "geeignete Mittel vollziehen" (deben realizarse mediante medios idóneos), d.h., daß die Behauptungen oder Informationen eine nicht unerhebliche Anzahl von Personen erreicht (lleguen a un número importante de personas) ³⁷⁰⁾.

Der Ruf des Mitbewerbers wird dadurch getroffen, wenn über ihn oder sein Geschäft Behauptungen aufgestellt und verbreitet werden, die nach Kenntnis des "Täters" falsch und damit unwahr sind.

Die Handlung muß auch zu Zwecken des Wettbewerbs erfolgen, um den Tatbestand dieser Vorschrift zu erfüllen, d.h. zwischen den erstrebten Vorteilen des Verletzers und den Nachteilen, die für den Verletzten eintreten, muß eine Art Wechselbeziehung bestehen. Da hier der Täter darauf abzielt (con objeto), dem anderen die Kundschaft (oder einen Teil derselben) wegzunehmen,

370) So MASCAREÑAS, S. 206. An dieser Stelle ist festzustellen, daß die span. Lehre also fordert, daß mehrmals nur "einem Dritten" (was nach dtsch. Recht ausreicht, vgl. Baumbach-Hefermehl, 10. Aufl., S. 1001 Rdz. 18), die unwahre Behauptung zugänglich wird.

nehmen, ergibt sich schon daraus die Wettbewerbschädigung und unterscheidet sich somit vom reinen Racheakt oder der anderen, aus außerhalb des Wettbewerbs liegenden Gründen, unternommenen Handlung³⁷¹⁾.

3. Artikel 132, Buchstabe e

Ging es bei Art. 132 d um die Geschäftsehre eines Gewerbetreibenden, so soll Buchstabe e seinem Wortlaut nach einen Mitbewerber vor Rufschädigenden, die Qualität seiner Ware herabwürdigenden, Aktivitäten seines Mitbewerbers schützen, wobei die Einflußnahme auf die Kundschaft eine noch breitere sein muß, nämlich mittels Anzeigen, Reklame oder Zeitungsannoncen diese Äußerungen zu "veröffentlichen" (publicar). Reichte es nach Buchstabe d aus, daß eine nicht unwesentliche Anzahl von Personen, die Rufschädigung vernahm, so verlangt Buchstabe e Zugang zur Öffentlichkeit im weitesten Sinn des Wortes.

Während die Geschäftsverletzung auf vielfältige Weise vonstatten gehen kann, wendet sich der Gesetzgeber hier erstmalig an die Werbetreibenden.

371) Hier wäre auf § 14 UWG zu verweisen, der ebenfalls wettbewerbschädliches Handeln voraussetzt. Nicht wettbewerbschädliche Äußerungen, die den Mitbewerber treffen, werden von § 823 II i.V.m. Schutzgesetzen bzw. von §§ 824, 826, 823 I BGB erfaßt. Vergleichen wir Art. 132, Buchstabe d mit § 15 UWG, so ergibt sich, daß eine Vergleichbarkeit hier mehr gegeben ist, da § 15 UWG als Strafnorm einerseits und da "wider besseres Wissen" gefordert wird, hier Art. 132 d ähnelt, wo nicht, wie bei § 14 UWG, Tatsachenbehauptungen vorliegen müssen, die nicht erweislich wahr sind.

den, d.h. diejenigen, die neben der Anpreisung und Werbung für ihre Produkte auch die Werbemittel und Werbeträger für negative Zwecke einspannen, nämlich um sich anlässlich eigener Werbung über das Produkt des anderen auszulasen³⁷²⁾.

Geschäftliche Kritik ist im Wirtschaftsleben nicht nur zulässig, sondern sogar nötig und erwünscht, allerdings wird sie dann zum unlauteren Wettbewerb, wenn sie ihrer Art nach die Mitbewerber unberechtigt schädigt.

Der spanische Gesetzgeber hat dabei jede Werbung im Auge gehabt, die den anderen zu schädigen geeignet ist³⁷³⁾. Es reicht dabei auch aus, daß ein anderes Produkt nicht ausdrücklich genannt wird, sondern daß sich aus dem Kontext der Bezugnahme ergibt, was gemeint ist.

Wahre und richtige Angaben werden daher von dieser Vorschrift nicht erfaßt. Folglich gab es hierzu bislang in Spanien nicht die Fragestellung, ob überhaupt oder wann wahre Behauptungen, gegebenenfalls trotz ihrer geschäftsschädigenden Wirkung, erlaubt sind, auch nicht unter dem Gesichtspunkt, daß der Mitbewerber möglicherweise einen hinreichenden Anlaß vorweisen kann und

372) Lediglich herabsetzende Äußerungen über die Produkte des anderen ohne Bezugnahme auf sich selbst und seine Waren (und sei es nur als Folge entsprechender Überlegungen der Kundschaft) wäre keine Wettbewerbsbehandlung, da der Konsument gerade durch den Vergleich dazu gelangen soll, die Waren des Werbenden insoweit vorzuziehen.

373) Es kommt dabei nicht auf wahre oder unwahre Behauptungen an. So MASCAREÑAS, S. 206.

sich auch noch im Rahmen des Erforderlichen dabei hielt ³⁷⁴⁾.

III. Unlauterer Wettbewerb in Form von Werbung:
Das 'ESTATUTO DE LA PUBLICIDAD'

1. Allgemeines

Als der spanische Gesetzgeber des Jahres 1902 die Art. 131 und 132, und dabei insbesondere die Buchstaben d, e und f als Tatbestände, die sich auf Werbetätigkeit des Wettbewerbers beziehen, abfaßte, war ihm sicherlich nicht bewußt und konnte er nicht vorhersehen, daß seine Nachfahren 62 Jahre später es sein würden, die als erstes und bis heute wohl einziges Land ein reines Werbegesetz schaffen würden, nämlich das Statut der Werbung vom 11. 6. 1964.

Es handelt sich um eine umfassende und organische Regelung der verschiedenen rechtlichen Aspekte der Werbung, wobei das Statut zu den modernsten und fortschrittlichsten seiner Art ³⁷⁵⁾ gehört.

Diese Feststellung verblüfft, wenn wir uns daran erinnern, daß wir im 2. Teil dieser Arbeit

374) In der deutschen Rspr. und Literatur ist diesem Fragenkomplex unter den Begriffen "persönliche und vergleichende Werbung" sehr viel Raum gewidmet worden, vgl. dazu die umfangreichen Arbeiten von EICHMANN, Die vergleichende Werbung. FRANCO, dto.

375) Dies ist die einhellige Ansicht der Literatur, vgl. dazu z.B. SCHRICKER, Unlauterer Wettbewerb ... in Homenaje, S. 277, 278. GARRIGUES: La publicidad ..., S. 7; FRANCO, a.a.O., S. 97, zeigt dabei, daß er bei Abfassung seiner Abhandlung im Jahre 1977 vom Statut nichts wußte, als er meinte, Belgiens Gesetz über Handelspraktiken enthalte als einziges in Europa eine Definition der Werbung.

zunächst zu der Aussage kamen, daß bis zum Beginn der 60er Jahre Wettbewerb als Mittel der Wirtschaftssteuerung nicht stattfand und daß sich erst dann erste Bemühungen feststellen lassen, eine Wettbewerbsordnung in Spanien zu schaffen, die sowohl die Existenz als auch die Qualität des Wettbewerbs auf dem Markt gewährleisten sollte ³⁷⁶⁾.

Verwunderung ergibt sich auch, wenn man bedenkt, daß bis zum Erlaß dieses Statuts allgemein in bezug auf ein Recht gegen unlauteren Wettbewerb von einer "Lagune" des spanischen Rechts gesprochen wurde, also die Dürftigkeit des Regelungsgehalts des Gesetzes von 1902 herausgestellt wurde, andererseits auch ein Vergleich beider Gesetze ergibt, wie sehr sich die Anschauung bezüglich des Schutzes gewandelt hat, der den Rechtssubjekten zuteil werden soll:

Während das Gesetz von 1902 nicht nur vom Wortlaut her, sondern auch seiner Stellung im Immaterialgüterrecht wegen den Individualschutz vorrangig als regelungsbedürftig betrachtet ³⁷⁷⁾, wendet sich das Statut der Werbung gegen unlautere Methoden bei der Werbung und Reklame gegenüber der "großen Masse der Verbraucher".

2. Werbung als eine Form des Wettbewerbs

Nicht jeder Werbungsakt ist immer mit einer Wettbewerbssituation verbunden, indessen ist Werbung im Sinne von Absatz- und Produktförderung,

376) Siehe Ausführungen S. 61 ff.

377) Vgl. die Ausführungen auf S. 66 ff.

Wirtschaftswerbung ohne Zweifel dort nicht denkbar und nicht anzutreffen, wo es keinen Wettbewerb gibt. Wettbewerb wiederum, so haben wir weiter oben gesehen, findet auch nur dann statt, wenn eine Reihe von Komponenten im ordnungspolitischen Sinn vorhanden und erfüllt sind, insbesondere aber größtmögliche wirtschaftliche (Entfaltungs-)Freiheit vorherrscht ³⁷⁸⁾.

So ergibt sich zunächst eine historische Verbindung, daß es nämlich keine Werbung in unserem Sinne gab und geben konnte, solange es keinen Wettbewerb gab, dies war etwa bis zum 18. Jahrhundert.

Erst mit dem Vorhandensein und Entstehen der Medien, wie insbesondere der Presse, kam Werbung auf, war Werbung möglich ³⁷⁹⁾. Aber auch der Kapitalismus mit seiner Massenproduktion, die nicht etwa, was logisch wäre, sich nach dem Konsumbedarf ausrichtet, sondern genau entgegengesetzt häufig vor dem Konsum her produziert, hat die Werbung als Notwendigkeit entstehen lassen ³⁸⁰⁾, Notwendigkeit der Werbung im Kampf um Absatzmärkte, um den Verbraucher.

Im Wirtschaftswachstum der jüngeren Zeit stellte sich die Werbung als das Instrument der Markteroberung dar.

Vor diesem Hintergrund nun -Spanien erlebte ab Beginn der 60er Jahre einen neuen wirtschaft-

378) So GARRIGUES, La publicidad ..., S. 8.

379) Vgl. dazu den Überblick bei CABANILLAS GALLAS, Principios, S. 17 ff.; GARRIGUES, La publicidad ..., S. 9; IRUROZQUI, "Economía y Publicidad", S. 43 ff.

380) So GARRIGUES, S. 11; CABANILLAS GALLAS, S. 11.

lichen Aufwind - erwachte das Bewußtsein der angesprochenen Kreise und Beteiligten plötzlich, daß man der immer aggressiver gewordenen Werbung, die grundsätzlich als "Triebfeder jeglicher wirtschaftlicher Tätigkeit" bezeichnet war ³⁸¹⁾, deren potentielle Schädigungsgefahr bei weiterem Auswuchs ³⁸²⁾ aber erkannt wurde ³⁸³⁾, durch ein Gesetz Einhalt gebieten mußte, um das "ungeordnete Wachstumsfieber" ³⁸⁴⁾ wieder in geordnete Bahnen zu lenken und um die verschiedenen Interessen dabei zu koordinieren.

All diesen Umständen soll das Statut der Werbung Rechnung tragen, wie sich aus den Motiven ergibt ³⁸⁵⁾. Insbesondere, so meint der Gesetzgeber, sei die Neuregelung von Nöten, obwohl bislang gegebenenfalls Vertragsbeziehungen, Sitten und Gebräuche und das Strafgesetzbuch es vermocht hatten, die Werbung in erträglichen Grenzen zu halten.

Allerdings stellt der Vorspann auch klar, welche Art von "Publicidad" geregelt werden soll, nämlich diejenige, deren "Informations- oder Verbreitungsformen mittelbar oder unmittelbar

381) RUIZ VADILLO, *Naturalesa* ..., S. 485; GARRIGUES, *La propiedad*, S. 25, *Curso de Derecho*, 7. ed. Madrid 1976.

382) DE LA CUESTA RUTE, S. 164.

383) GARRIGUES, *La publicidad* ..., S. 11 spricht sogar von einem fieberhaften Delirium, in das die Werbung den Verbraucher stürzte.

384) CABANILLAS, *Principios* ..., S. 13; SANTAELLA, S. 168.

385) *Exposición de motivos*, Text S. 99 in *Principios jurídicos*.

darauf abzielen, den freien Vertragsabschluß von Gütern oder Dienstleistungen zu begünstigen oder voranzutreiben" (aquellas formas ...).

Als Schwierigkeit stellte sich dabei heraus, daß der Gesetzgeber nicht auf konkrete Vorläufer von Gesetzen zurückgreifen konnte ³⁸⁶⁾, ihm keine ausgereifte juristische Doktrin oder Entscheidungspraxis zur Seite stand; auch beim europäischen Nachbarn war keine konkrete Gesetzesanleihe möglich.

Im wesentlichen waren die europäischen Nachbarn auch gerade erst dabei, sich mit neuen Wettbewerbsgesetzen zu befassen ³⁸⁷⁾.

3. Das neue geschützte Rechtsgut: der Verbraucher

Doch nicht nur die Selbsterkenntnis, man müsse nun der (unlauteren) Werbung Einhalt gebieten, war Anlaß der Regelung, sondern ein in allen Ländern begonnen habendes Umdenken bezüglich des geschützten bzw. zu schützenden Rechtsguts.

War es in Spanien - wie wir im vierten Teil der Arbeit, Ziff. II 3 c gesehen haben - aufgrund der Besonderheiten zunächst die 'Empresa' und als 'Elemento de valor' die Kundschaft ein Teil derselben, so ist auch hier wie überall nunmehr der Schutz der Verbraucher, der Allgemeinheit, oberstes Gebot geworden ³⁸⁸⁾.

386) Vgl. bei SANTAELLA, S. 228 ff. die "fuentes legales" seit 1945. Hierauf verweist CABANILLAS GALLAS, S. 13.

387) Vgl. dazu die Übersicht bei SCHRICKER, Unl. Wettbewerb, S. 282 ff; FRANCQ, a.a.O.

388) Vgl. zu dieser Entwicklung: SANTAELLA, S. 141 ff.; SCHRICKER, S. 282 ff.

Mußte noch nach Auffassung des Gesetzgebers von 1902 der betroffene Mitbewerber für seinen Individualschutz Beweis antreten, indem er seine Registrierung nachwies (que tenga su propiedad al amparo de la presente Ley), so erkennt nunmehr der Gesetzgeber "das soziale Interesse", nennt als Begünstigte die "consumidores", verbietet besonders auf den Verbraucher nachteilig wirkende Täuschungen und geht sogar soweit, ihnen ein Recht (derecho) zuzuerkennen ³⁸⁹⁾. Rund 15 Jahre später wiederum hält der Verbraucherschutz sogar Einzug in die spanische Verfassung. Art. 51 garantiert "die Verteidigung der Verbraucher" ³⁹⁰⁾.

Im Entwurf des neuen spanischen Strafgesetzbuches von 1980 gibt es sogar einen eigenen Abschnitt (Art. 342 ff.), der sich dem "Delito Publicitario" widmet, dem 'Verstoß gegen Werberecht' und ihn mit mehrmonatigen, ja Jahresgefängnisstrafen bedroht ³⁹¹⁾.

389) Siehe die Gesetzesmotive.

390) Im Verfassungsentwurf war sogar geplant (Art. 44, 3), die Werbung für Produkte selbst zu regeln, vgl. SANTAELLA, S. 193/194 Fußn. 305. DE LA CUESTA RUTE, S. 212, meint, das Statut als späteres Spezialgesetz schaffe daher die sich auf Werbeakte beziehenden Vorschriften des Gesetzes von 1902 ab und ersetze sie.

391) Siehe STAMPA BRAUN, La reforma ..., S. 724; dazu auch CALDERON GONZALEZ, Los delitos ..., S. 79; RUIZ VADILLO, S. 201 zu "Anuario de la Escuela."

Als Auswirkung des Art. 51 der spanischen Verfassung wurde dann sogar am 25. 9. 1981 ein "Entwurf eines Verbrauchergesetzes" - Proyecto de Ley del Consumidor - im Boletín Oficial de las Cortes Generales veröffentlicht ³⁹²⁾.

4. Die rechtliche Regelung der Werbung im Statut von 1964

a) Allgemeines

Uns interessiert im Rahmen dieser Untersuchung nur Werbung im wirtschaftlichen Bereich. Wie wir gesehen haben, ist Werbung unerläßlicher Bestandteil des Kampfes der Mitbewerber auf dem Markt um die Kundschaft, die das "elemento de valor" ist, um das es zu kämpfen gilt und solange niemandem gehört, bis sie endlich erobert ist. Es ist durchaus lauter, dem anderen die Kundschaft wegzunehmen, allerdings muß dies mit lauterer Mitteln geschehen, mit lauterer Werbung ³⁹³⁾.

b) Begriffsbestimmung der Werbung, Art. 2

Bevor wir uns den Erscheinungsformen der Werbung in bezug auf den Markt und die Beeinflussung des Kunden näher zuwenden, und bevor wir feststellen können, wann eine Werbemaßnahme eine Vorschrift dieses Statuts verletzt oder nicht, muß erst einmal der Begriff möglichst genau umrissen werden.

Nach Art. 2 gilt als Werbung jede Art von Bekanntmachung (divulgación), um die Aufmerksamkeit

392) Vgl. dazu GÓMEZ SEGADÉ, La protección ..., S. 471.

393) Vgl. zum Vorstehenden beispielhaft für alle Verfasser: GARRIGUES, Publicidad ..., S. 12.

der Allgemeinheit oder der Verbreitungsmedien auf eine bestimmte Person, ein Erzeugnis oder eine Dienstleistung zu richten mit dem Ziel, auf direktem oder indirektem Weg zum Vertragsabschluß zu gelangen.

Die Bekanntmachung allein würde nicht ausreichen, das erklärte Ziel der Werbung zu erreichen. Zunächst ist festzuhalten, daß die 'divulgación' in verschiedenen Ausformungen erfolgen kann, sie kann 'información' sein (Art. 3, Abs. 1), 'afirmación' sein (Art. 8 und 9) oder wie wir schon bei Art. 132 Buchstabe d und e gesehen haben ³⁹⁴⁾, in der Form des 'propalar' (Buchstabe d) oder 'publicar' (Buchstabe e) erfolgen.

Immer ist sie jedoch 'mensaje publicitario' ³⁹⁵⁾, d.h. eine Botschaft, darauf gerichtet, vom Adressaten empfangen und dann im Sinne des Absenders verstanden zu werden. Viele Mitteilungsformen sind dabei denkbar, Zeitpunkt, Art und Gelegenheit der Werbung spielen eine Rolle ³⁹⁶⁾.

Zwar gibt es auch 'äußere Werbung' und Werbung, die die Allgemeinheit insgesamt zu einem Verhalten bewegen soll ³⁹⁷⁾, Werbung wie sie indessen hier verstanden werden soll, hat, wie Art. 2 definiert, nur das eine erklärte Ziel, über die Weckung der Aufmerksamkeit (atención) den Ver-

394) Vgl. die Ausführungen im Kapitel II 4 bb des 4. Teils.

395) Siehe dazu SANTAELLA, S. 261; PÉREZ RUIZ, El mensaje ..., DE LA CUESTA RUTE, S. 38.

396) CABANILLAS GALLAS, S. 30; FUENTES IRUROZQUI, Economía y Publicidad, S. 56.

397) Siehe FUENTES IRUROZQUI, S. 53, 54, z.B.: "Coma más fruta".

braucher zu veranlassen, zu kaufen, einen Vertrag abzuschließen³⁹⁸⁾, sie wird zur "invitatio ad offerendum"³⁹⁹⁾.

Doch der Verbraucher will erobert sein, er muß aus der breiten Masse "heraus gelockt" werden, er muß 'veranlaßt' werden, Vertragspartner zu sein, sein Kaufentschluß muß geweckt werden.

Die Kette der Verhaltensregeln ist dabei stets identisch: Zuerst wird die Aufmerksamkeit durch attraktive, farbige, eingehende Werbung auf das Produkt gerichtet. Gleichzeitig wird das Gedächtnis angesprochen, bereits vorhandene Vorstellungen oder Erinnerungen über die Marke mit dem Produkt zu verbinden. Sodann muß das Interesse des Kunden geweckt, sein Kaufwunsch bestimmt werden.

Hat er sich dann endlich entschieden, ist der Kauf vollzogen, gilt es, bei ihm die Wiederholung zu veranlassen, ja ihn gegebenenfalls daran zu gewöhnen⁴⁰⁰⁾.

Dieser kurze Überblick über den Begriff der Werbung, wie ihn das Statut selbst gibt und wie ihn die Lehre in Spanien einordnet, beansprucht nun nicht, das breite, schillernde Spektrum der Werbung abschließend oder umfassend beschrieben zu haben, stellt aber doch die Meinung der wesentlichsten Autoren dar.

398) Eine negative Abgrenzung zu Art. 2, d.h. was nicht als Werbung angesehen wird, enthält Art. 3.

399) RUIZ VADILLO, Naturaleza .., S. 492.

400) Vgl. dazu die sehr lebhaft dargestellte Darstellung bei FUENTES IRUROZQUI, S. 59 ff.; ebenso: DE LA CUESTA RUTE, S. 37 ff.

Haben wir bislang den Umfang der Anwendung (ambito de aplicación) des Statuts betrachtet, so wenden wir uns jetzt den Grundsätzen der Werbung zu (principios generales), nach denen die vorerwähnte Werbungshandlung ausgerichtet werden soll.

c) Die Grundprinzipien der Werbung

War früher der Händler darauf bedacht, nachdem der Kunde von selbst bei ihm erschien, durch den persönlichen Kontakt und das direkte Wort ihm Vorteile seines Geschäfts oder seiner Waren anzupreisen, so muß derselbe heute bei der Konkurrenz auf dem Markt zum Teil mit aggressiven Mitteln nach dem Kunden suchen ⁴⁰¹⁾. Dabei muß er auch sehen, daß der Kunde ihm den Vorzug gibt und nicht seinen Kontrahenten. Damit der Kampf zwischen den Kontrahenten nicht ausufert, damit ein "fair play" im Wettbewerb um den Kunden herrscht, aber auch damit die 'soziale Gefahr' gebannt bleibt ⁴⁰²⁾, hat der spanische Gesetzgeber in Art. 6 4 Prinzipien aufgestellt, nach denen sich bei jedweder Art von Werbung (en el ejercicio de toda actividad publicitaria) der Werbende zu richten hat:

Grundsätze

- a) der Gesetzmäßigkeit (legalidad)
- b) der Wahrheit (veracidad)
- c) der Glaubwürdigkeit (autenticidad)
- d) des freien Wettbewerbs (libre competencia) ⁴⁰³⁾

401) Siehe SANTAELLA, S. 273; FERNÁNDEZ-NOVOA, La interpretación, S. 16 ff.

402) DE LA CUESTA RUTE, S. 164; vgl. auch GARRIGUES, La publicidad, S. 11.

403) Nach RUIZ VADILLO, Naturaleza ..., S. 494; MARTIN OVIEDO, S. 32, hat der spanische Gesetzgeber damit "Blankonormen" (normas en blanco) verabschiedet, die dem Richter großen Spielraum lassen sollen, Fallentscheidungen zu treffen, wobei durch die 4 Grundsätze eine Orientierung der Rechtsprechung erfolgen soll.

5. Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit - el principio de legalidad, Art. 7

Nach Art. 7 ist diejenige Werbung nicht lauter, die aufgrund ihrer Zielsetzung (fin), ihres Trägers (objeto) oder wegen ihrer Form die nationalen Institutionen angreift, Persönlichkeitsrechte verletzt, oder sich gegen den guten Geschmack oder das Sittlichkeitsgefühl richtet oder dem Gesetz, der Moral oder den guten Sitten zuwiderläuft.

Art. 7 zählt 5 verschiedene Typen auf, die als allgemeine Grundsätze die äußerste Barriere darstellen, über die Werbung nicht hinausgehen darf⁴⁰⁴⁾.

a) Als 'instituciones fundamentales de la nación' sind anzusehen etwa die Regierung, die katholische Kirche, das Parlament, aber auch Lebens-, Staatsgrundsätze, wie sie sich aus Verfassung und Basisgesetzen ergeben, wie etwa die Monarchie, Nationalbewegung, Sozialinstitutionen pp.⁴⁰⁵⁾.

b) Die Verletzung der 'derechos de la personalidad', bislang im spanischen Recht ein nirgendwo geregeltes Prinzip, macht Werbung unlauter, wenn durch sie ein sich aus den zum Individualschutz gehörendes Persönlichkeitsrecht verletzt wird, wie z.B. das Namensrecht, Recht auf körperliche Unversehrtheit, Recht auf persönliche Freiheit, das Recht auf Unverletzlichkeit der Intimsphäre⁴⁰⁶⁾.

404) Vgl. dazu RUIZ VADILLO, *Naturaleza* ..., S. 498.

405) Vgl. dazu die Aufzählung bei RUIZ VADILLO, S. 498; MARTIN OVIEDO, S. 33.

406) Vgl. CABANILLAS GALLAS, *Principios*, S. 35; RUIZ VADILLO, *Naturaleza* ..., S. 500.

c) Der allgemeine Volksgeschmack (buen gusto) oder das Sittsamkeitsgefühl, der Anstand (decoro social) darf durch Werbung nicht angegriffen werden.

Damit meint der Gesetzgeber - im Vergleich zu dem letzten Prinzip: Moral y las buenas costumbres - die Wertschätzung im ästhetischen Bereich, die sich bei der Allgemeinheit aus einer Vielzahl von Einflüssen bildet ⁴⁰⁷⁾.

d) Werbung, die im Widerspruch zu den Gesetzen steht (las leyes), ist ebenfalls unlauter. Hier ist jede Art von Gesetz - rechtlicher Norm gemeint ⁴⁰⁸⁾.

e) Schließlich muß sich Werbung im Rahmen moralischer Wertvorstellungen halten und nach den guten Sitten und Gebräuchen richten.

6. Der Grundsatz der Wahrheit - el principio de veracidad, Art. 8

Nach Art. 8 E. Pub., Absatz I, "der kleinen Generalklausel des Statuts" ⁴⁰⁹⁾, ist bei jeder Art von Werbung (en toda actividad publicitaria) darauf zu achten, daß sie wahr ist (deberá respetarse la verdad), wobei vermieden werden soll, daß Tatsachen verdreht (oder entstellt) werden (evitando que se deformen los hechos), oder ein Irrtum (zu ergänzen

⁴⁰⁷⁾ Vgl. RUIZ VADILLO, S. 503.

⁴⁰⁸⁾ Siehe MARTIN OVIEDO, S. 35.

⁴⁰⁹⁾ So nennt sie FERNÁNDEZ NOVOA, La sujeción ..., S. 373, die große Generalklausel nennt er Art. 10 E. Pub.

Auch § 3 UWG wird die kleine Generalklausel genannt, dazu BEIER, Täuschende Reklame, S. 90.

ist: durch diese Werbemaßnahme) erregt wird.

Mit dieser Vorschrift soll nach dem Willen des Gesetzgebers die im spanischen Wettbewerbsrecht als "PUBLICIDAD ENGAÑOSA" oder "FALAZ" bekannte Werbung bekämpft werden. Diese war und ist einerseits nicht nur in Spanien Gegenstand vieler Erörterungen namhafter Autoren, andererseits aber auch Anlaß beginnender Rechtsprechung, so daß ihre Voraussetzungen an dieser Stelle näher zu untersuchen sind.

a) Begriffliche Abgrenzung

"Publicidad engañosa", bei uns unter dem Schlagwort "täuschende Werbung" bekannt, oder "publicidad falaz", betrügerische Werbung, "falso reclamo", täuschende Reklame, wie auch immer sie bezeichnet wird, sie ist eine der ältesten Erscheinungsformen des unlauteren Wettbewerbs und eines der beliebtesten Mittel des Wettbewerbs, sie beim Kundenfang einzusetzen.

Irreführende Angaben gibt es dabei über das eigene Unternehmen, die Waren und gewerblichen Leistungen, Beschaffenheit, Brauchbarkeit, Herkunft und vieles andere. Ist der Kunde angelockt und beeinflusst, hat der Konkurrent damit einen Vorsprung vor dem anständigen Mitbewerber erreicht.

Das Verbot dieser täuschenden Werbung ließ sich insbesondere bei Ländern mit individualrechtlich ausgestattetem Wettbewerbsschutz nicht ohne weiteres durchsetzen, da es oft am Nachweis einer konkreten Schädigung eines individuell bestimmbaren Mitbewerbers fehlte.

Stand man gar auf dem Standpunkt, "omnis mercator mendax", d.h. Werbung und Schwindel gehöre notwendig zusammen, so ist der Verbraucher vor täuschender

Werbung nicht geschützt 410).

Auch wenn in einem Land die täuschende Werbung strafrechtlich geregelt ist, kann sich aufgrund der Enumeration und des Grundsatzes "nulla poene sine lege" die Regelung nur auf bestimmte Gegenstände der Täuschung beschränken⁴¹¹⁾. Folglich kann sich ein optimaler Schutz der "im Bereich der täuschenden Werbung parallel laufenden Mitbewerber- und Verbraucherinteressen nur durch eine general-klauselartige Regelung und möglichst weite Umschreibung aller möglichen Irreführungen erreichen lassen" 412).

Diesen Weg ging nun Spanien. Art. 8 des E. Pub., so haben wir gesehen, will jede Art von Werbung dem Wahrheitsgebot unterwerfen.

b) Die einzelnen Tatbestandsmerkmale

aa) Art und Weise der Werbung

'En toda actividad publicitaria', also - wörtlich übersetzt - bei jeder Werbungshandlung, Werbungsaktivität muß die Wahrheit beachtet werden.

Richtigerweise muß hier die Betonung auf "toda" liegen, d.h. jede Erscheinungsform kann eine Wer-

410) Für italienische Verhältnisse vgl. BEIER, Täuschende Reklame ..., S. 86; SCHRICKER, Unl. Wettbewerb, S. 279, 284.

411) Dies ergab unsere Untersuchung z.B. zu Art. 131, 132 des Gesetzes von 1902. Ein markantes Beispiel ist der von BEIER, Täuschende Reklame ..., S. 86, zur in Italien herrschenden Rspr. zum Medaillonschwindel gemachte Hinweis. Gleichlautendes fand sich im Absatz A, Real Orden 28.11.1925, wonach der Gebrauch von Wappen, Medaillon, Waffen und offiziellen Titeln nur mit entsprechender Genehmigung erlaubt war.

412) So zutreffend SCHRICKER, Wettbewerbsrechtliche Aspekte, S. 541; BEIER, Täuschende Reklame, S. 90 für § 3 UWG.

bung darstellen, in jeder kann eine täuschende Angabe liegen. Also meint der Gesetzgeber, daß es auf das Mittel der Kommunikation insoweit nicht ankommt, ob eine Irreführung also im mündlichen Verkaufsgespräch, durch ein täuschendes Etikett oder durch Werbung in den großen Massenmedien erfolgt ⁴¹³⁾.

bb) Exakte Angaben, keine Tatsachenverdrehung oder Irrtumserregung

Die Wahrheit, die Art. 8 fordert, ist schlicht die genaue Wiedergabe von Tatsachen, die exakte Angabe von Einzelheiten ohne irreführende Übertreibung oder Verfälschung, mehr nicht. Verhalte ich mich über die Zusammensetzung des Produkts, so müssen die Angaben über die Ingredienzien stimmen, Angaben über Alter, Herkunft, Lagerung usw. müssen - so wie sie tatsächlich sind - weitergegeben werden.

Allerdings sind nicht alle Aussagen am Prinzip der Wahrheit meßbar. So sind reine Werturteile - Slogans -, die nur eine Meinung des Werbenden kundtun sollen, nicht meßbar, welche Tatsachen verändern sie ⁴¹⁴⁾ ? Auch Übertreibungen, die nur - wenn überhaupt - ein Minimum objektiven Wahrheitsgehalts haben, nehmen die Kunden nicht ernst, erkennen ihre Übertreibung, ein Schaden entsteht nicht ⁴¹⁵⁾.

413) Übereinstimmend dazu: LEMA DEVESA, En torno ..., S. 298, 299; SCHRICKER; Wettbewerbsrechtliche Aspekte, S. 542.

414) So LEMA DEVESA, En torno ..., S. 298.

415) So LEMA DEVESA, La exageración, S. 274, 275 und Fußnote 40. Diese Feststellung gilt nach Meinung dieses Autors für den Durchschnittsspanier, der im Gegensatz zum leichtgläubigeren Deutschen (crédulo) kritischer und zurückhaltender übertriebener Werbung gegenübertritt, ein Problem der - wie auch FERNÁNDEZ-NOVOA meint - soziologischen Charakter und Volksverschiedenheiten. Die Mehrzahl der spanischen Autoren nimmt daher

cc) Vorsatz des Werbenden - Wertung der Verbraucher

Wenn wir nach den bisherigen Erkenntnissen davon ausgehen, daß der Werbende seine Werbung als 'Faktor der Manipulation der Nachfrage' ⁴¹⁶⁾ einsetzt, daß andererseits aber auch die Grenze zwischen falsch und richtig oft eng verläuft, wiederum eine gewisse Übertreibung jeder Werbung eigen ist ⁴¹⁷⁾, so muß sich die Frage stellen, kommt es darauf an, daß man dem Werbenden nachweist, er habe vorsätzlich gehandelt oder reicht die Feststellung aus, daß seine Werbetätigkeit potentiell geeignet war (objektive Feststellung), eine Irreführung herbeizuführen und daß der Verbraucher sie auch tatsächlich so gewertet (subjektive Feststellung) hat.

Die objektive Feststellung über eine Werbehandlung als Art. 8 E. Pub. zuwiderlaufend ist insoweit einfach, als eine Überprüfung, die Konfrontation mit der Realität (no resista la confrontación con la realidad) ⁴¹⁸⁾ ergibt, daß die Angaben unwahr, damit irreführend beim Verbraucher sind. Dabei reicht es aus, daß die Möglichkeit einer Irreführung (cabe la posibilidad de que la publicidad engañosa surja) besteht, nicht erforderlich ist dabei, daß tatsächlich der Verbraucher geirrt

die Übertreibung bei der Werbung als lauter an, vgl. Fußnote 32 mit den dortigen Hinweisen.

416) So DE LA CUESTA RUTE, S. 187.

417) Vgl. dazu MARTIN OVIEDO, S. 37.

418) DE LA CUESTA RUTE, S. 191.

hat und auch ein Schaden entstanden ist ⁴¹⁹⁾.

Das subjektive Element, die Wertung durch den Verbraucher ist dabei entscheidend und hilft bei der Auswahl und Feststellung unlauterer Werbung. Werbung spricht ihre eigene Sprache, folglich bleibt abzuwarten, wie der Empfänger der Botschaft diese aufnimmt, wie er seinen Vertragsabschlußwillen beeinflussen läßt. Dabei kann formal "Richtiges" täuschend wirken, formal betrachtet "Falsches" richtig verstanden werden. Auch im Schweigen oder Verschweigen ⁴²⁰⁾ kann dabei die Täuschung bewirkt werden.

Wir können daher feststellen, daß es grundsätzlich auf den Vorsatz nicht ankommt, sondern daß untersucht werden muß, ob beim Vergleich von Aussage der Werbung (objektive Betrachtung) mit dem "Erfolg" beim Empfänger (subjektive Betrachtung) eine Irreführung möglich ist oder stattgefunden hat.

dd) Beweis der Täuschung

Nach Art. 8 Abs. 2 müssen die Angaben nicht nur exakt sein, sondern müssen jederzeit einem 'Wahrheitsbeweis' standhalten können (susceptibles de prueba en cualquier momento).

Im Rechtssystem, wo das Wahrheitsprinzip gilt und im Wege einer Klage gerichtlicher Überprüfung zugeführt wird, stellt sich damit auch das Problem der Beweislast. Normalerweise - so ist es in

419) So wird dies einhellig gesehen von LEMA DEVESA, En torno ..., S. 300; DE LA CUESTA RUTE, S. 193; die Mindermeinung von CABANILLAS GALLAS, S. 40, ist insoweit abzulehnen.

420) So einhellig: GARRIGUES, Publicidad, S. 18; DELA CUESTA RUTE, S. 189; LEMA DEVESA, S. 300.

Deutschland geregelt ⁴²¹⁾ - hat der Kläger zu behaupten und beweisen, daß durch die Werbung eine Irreführung möglich ist oder geschah.

In Spanien ist dies zu Lasten des Werbenden erfolgt, die Beweislast obliegt ihm ⁴²²⁾, er hat nachzuweisen, daß seine Werbung keine Irreführung bewirkte und die von ihm gemachten Angaben der Wahrheit entsprechen.

7. Grundsatz der Authentizität - principio de autenticidad, Art. 9

Art. 9 I E. Pub. fordert von der Werbung für die Allgemeinheit, die Vielzahl der Verbraucher, daß sie sich leicht als solche auch erkennen läßt (... que toda actividad publicitaria se identifique fácilmente como tal actividad ...).

Der Gesetzgeber legt hier dem Werbenden auf, schon äußerlich erkennbar zu machen, daß es sich um Werbung handelt und nicht nur um eine Information. Verboten wird die 'publicidad encubierta', die als Information getarnt, dem Verbraucher vorspiegeln soll, es handele sich um eine 'offizielle' Stellungnahme ⁴²³⁾.

Abs. 2 wendet sich an die Medien, bei ihren Behauptungen peinlich genau diejenigen als solche zu

421) Baumbach-Hefermehl, § 3 UWG, S. 938, Rdz. 118ff.

422) Vgl. dazu ausführlich: DE LA CUESTA RUTE, S. 204; CABANILLAS GALLAS, Principios ..., S. 41; LEMA DEvesa, En torno ..., S. 304; zum international viel diskutierten Problem der Beweislast vgl. die übersichtliche Darstellung bei SCHRICKER, Wettbewerbsrechtliche Aspekte, S. 544, 545.

423) Dazu MARTIN OVIEDO, S. 39 ff.; DE LA CUESTA RUTE, S. 177 ff.; CABANILLAS GALLAS, S. 41, 42, der dies nur als Unterfall des Prinzips der Wahrheit ansieht.

kennzeichnen, die sie im Rahmen ihrer allgemeinen Informationsfunktion abgeben und von solchen zu unterscheiden, die reine Werbeaussagen darstellen (de deslindar escrupulosamente las afirmaciones hechas dentro de su función general de información y las que hagan como simples vehiculos de la publicidad).

8. Grundsatz des freien Wettbewerbs - principio de libre competencia, Art. 10

a) Begriffsbestimmung nach Abs. 1

War Art. 8 die 'kleine Generalklausel' genannt worden, so gilt für Art. 10 - dem in ihm geregelten "Prinzip des freien Wettbewerbs" -, daß es die 'große Generalklausel' ⁴²⁴⁾ darstellt.

Abs. 1 spricht zunächst die Verbraucher an, sie im Verhältnis zur Werbung.

Danach soll die Werbung dem Verbraucher dabei behilflich sein, ihm ein Instrument bieten, sich auf dem Markt zurechtzufinden, Orientierungshilfe bei der freien Auswahl sein. Insbesondere soll die Werbung dabei aber den lautereren Wettbewerb (la licita concurrencia) fördern, der sich insoweit nach den Gesetzen, Grundsätzen und Regeln, die den unlauteren Wettbewerb umfassen, bestimmt.

Nach dem Wortlaut der Vorschrift des Art. 10 ist zunächst eine in der Lehre allseits erwähnte Korrektur gegenüber dem spanischen Gesetzgeber und seiner Formulierung erforderlich.

424) Vgl. dazu Fußnote 409 mit den dortigen Hinweisen, aber auch den 4. Teil dieser Arbeit zu Abschnitt II, 3 d) dd), wo der exakte Wortlaut nebst Übersetzung nachzulesen ist.

Art. 6 E. Pub. fordert die Beachtung des Prinzips des freien Wettbewerbs 'la libre competencia'. Dieses ist indessen nicht möglich, da Werbung dies nicht kann und nicht will, vielmehr überhaupt - wie wir weiter oben gesehen haben - nur denkbar ist, wenn es Wettbewerb überhaupt und dies in freier Marktwirtschaft gibt ⁴²⁵⁾.

Werbung setzt (freien) Wettbewerb voraus, schafft ihn aber nicht erst. Gleichwohl kann Werbung dafür sorgen, daß der Wettbewerb lauter bleibt.

Das Prinzip, worum es dem Gesetzgeber in Art. 6 ging, ist also der lautere Wettbewerb, die 'licita concurrencia', in Abs. 1 des Art. 10 E. Pub. dann expressis verbis genannt ⁴²⁶⁾.

Stellen wir damit fest, daß in Art. 10 E. Pub., erlassen im Jahre 1964, erstmalig eine Vorschrift im spanischen Gesetzeswerk vorhanden ist, die das Verhältnis des Verbrauchers zum Markt, zur Werbung, zum unlauteren Wettbewerb regeln will. Gleichzeitig erfolgt erstmalig eine Bezugnahme auf Gesetze, Normen und Regeln des unlauteren Wettbewerbs, die es - außer der gesetzlichen Begriffsbestimmung in puncto Werbung in Abs. 2 - nur lückenhaft und unzureichend gibt in Spanien, wie sich als Ergebnis dieser Untersuchung bereits jetzt abzeichnet.

425) Dazu habe ich ausgeführt unter Teil III, wo wettbewerbsbeschränkende Praktiken und unlautere Werbung voneinander abgegrenzt wurden. Sowie die Ausführungen in diesen III. Kapitel.

426) Einstimmig: CABANILLAS GALLAS, Principios, S. 43, 44; FERNANDEZ-NOVOA, La interpretación ..., S. 19, 20; DE LA CUESTA RUTE, S. 207; GARRIGUES, La Publicidad, S. 11.

b) Unlautere Werbung nach Abs. 2

aa) Hervorrufen von Verwechslung

Unlauter ist Werbung - als Teil des Wettbewerbs im Sinne des Abs. 1 - zunächst dann, wenn sie darauf gerichtet ist, zwischen Produkten oder Dienstleistungen - ergänzen muß man hier: auch Firmen ⁴²⁷⁾ - eine Verwechslung hervorzurufen (la actividad publicitaria dirigida a provocar confusión entre bienes o servicios). Gemeint ist hier eine verwechslungsfähige Gleichheit, Ähnlichkeit der Werbung (Semejanza en la Publicidad), die zwar wie wir weiter oben gesehen haben, in verschiedenster Form erfolgen kann, indessen will Abs. 2 hier nicht die Imitation des Produkts selbst regeln ⁴²⁸⁾.

Bei der Untersuchung der einzelnen Tatbestände des Art. 132 ergab sich, daß der spanische Gesetzgeber bereits 1902 5 Fälle der Hervorrufung von Verwechslungsgefahr geregelt hat.

Diese 5 Fälle sind alle - an den Grundsätzen dieses Statuts gemessen - auf den ersten Blick keine Fälle von Werbung im Sinne des Art. 2 E. Pub., denn sie erfüllen nicht das Erfordernis der Bekanntmachung oder Verbreitung (divulgación), was Art. 2 fordert, und dieses in Form der difusión (Art. 3 Abs. 1), durch afirmaciones (Art. 8 Abs. 2) bzw.

427) GARRIGUES, Publicidad, S. 13 und auch FERNÁNDEZ-NOVOA, La interpretación, S. 21; DE LA CUESTA RUTE, S. 212, tun dies.

428) GARRIGUES, S. 13 unterscheidet insoweit zwischen Nachahmung der Werbung und des Produkts, wobei letzteres sich durch Verpackung, Aufmachung, Kennzeichen pp. vom Konkurrenten unterscheiden kann. Insbesondere weist auf den geschützten Gebrauch von Unterscheidungsmerkmalen DE LA CUESTA RUTE, S. 203, hin.

alegaciones (Art. 8 II). Die Botschaft an den Verbraucher, getragen von den Medien oder in sonstiger Weise verbreitet, fehlt. Vielmehr wird mehr im Sinne statischer Nachahmung - bis auf den unter f) genannten Fall - unlauterer Wettbewerb betrieben, da der Verbraucher verwechseln soll.

Insoweit kann DE LA CUESTA RUTE ⁴²⁹⁾ nur insoweit gefolgt werden, als daß das E. Pub. als Spezialgesetz die Artikel des Gesetzes von 1902 nur insoweit aufhebt und erneuert, soweit in Art. 132 Fälle angesprochen sind, die überhaupt Werbungshandlungen im Sinne des E. Pub. darstellen können.

bb) Handlungen der Rufzerstörung

Wörtlich übersetzt bedeutet 'descrédito' Verlust des Ansehens, d.h. unlauter ist nach Art. 10 Abs. 2 neben den Werbemaßnahmen, die Verwechslung bringen können, auch die Werbung, die den Ruf der Mitbewerber oder ihrer Waren (bzw. auch Leistungen) zerstören soll.

Auch zu diesem Problemkreis, der denigración, haben wir bereits 2 Fälle untersucht, die der Gesetzgeber im Jahre 1902 bereits als unlauter angesehen und daher unter Strafe stellte: Art. 132 Buchstaben d) und e) ⁴³⁰⁾. Die grundsätzlichen Ausführungen zu Art und Weise dieses Kampfes gegen den Konkurrenten gelten auch hier, insbesondere weil insoweit die Feststellung zu treffen ist, daß allein schon nach dem Wortlaut der Vorschriften Art. 132 d) und e) ganz klar Werbung im heutigen, in dieser Untersuchung gefundenen, Sinn existierte und in diesen

429) S. 212 ebenda.

430) Siehe oben S. 122 ff.

zwei (man muß wohl sagen exemplarischen) Varianten geregelt wurde.

Zur Erläuterung der Frage, was man sich unter einer den Verlust des Ansehens bewirkenden Werbung zu verstehen habe, kann man auf die Fälle der Buchstaben d) und e) verweisen.

In Art. 132 Buchstabe d) war es bekanntlich verboten, wissentlich (a sabiendas) falsche Behauptungen über einen Mitbewerber zu verbreiten (propalar) ⁴³¹⁾, die Behauptungen mußten auch eine nicht unerhebliche Anzahl von Personen erreichen. Handelt es sich hierbei um den Mißkredit der Person des Gegners, so geht es bei Buchstabe e) um seine Produkte und damit Leistungen. Publicar anuncios, reclamos o artículos de periodico ..., so heißt es, was anderes geschieht heute in der Werbung?

Insoweit können wir also DE LA CUESTA RUTE zustimmen, daß das E. Pub. als Spezialnorm die Buchstaben d) und e) des Art. 132 ersetzt.

Allerdings bleibt ein gravierender Unterschied vorhanden, denn in Buchstabe d) müßte der entsprechende Konkurrent wissentlich (a sabiendas) falsche Angaben (falsas aserciones) über seinen Mitbewerber machen. Diese Voraussetzung ist nun in Art. 10 weggefallen ⁴³²⁾, Anlaß für einen Teil der Lehre anzunehmen, jede Art von persönlicher oder vergleichender Werbung, sei sie wahr oder unwahr, ebenso even-

431) Zur Bedeutung insbesondere der 'Verbreitung' siehe Fußn. 369.

432) Dieser Umstand wird von einer Reihe von Autoren betont, so u.a.: DE LA CUESTA RUTE, S. 218; FERNÁNDEZ-NOVOA, La interpretación, S. 22; ders., in: La Publicidad de tono ..., S. 133.

tuell aus einem sachlichen Motiv heraus erfolgt, falle unter Art. 10', sei also unlauter und daher unzulässig.

Der Problemkreis, der hier angesprochen ist, hat insbesondere in Deutschland zu umfangreichen Untersuchungen und Entscheidungen geführt, so daß wir uns an dieser Stelle etwas eingehender mit dieser Auffassung auseinandersetzen müssen.

cc) Die vergleichende und persönliche Werbung

Nach Art. 10 zweiter Absatz wird die Werbungshandlung als unlauter angesehen, die den Mitbewerber oder seine Waren in Mißkredit bringt. Wahre und richtige Angaben sind durch diese Bestimmung u.E. nicht erfaßt. So entsteht das Problem, inwiefern sich ein Mitbewerber mit der Person, den Leistungen oder Erzeugnissen seiner Mitbewerber auseinandersetzen darf.

Von "persönlicher Werbung" wird im allgemeinen dann gesprochen, wenn die Werbung auf persönliche Eigenschaften, Verhältnisse oder Geschehnisse eines Mitbewerbers Bezug nimmt ⁴³³⁾.

"Vergleichende Werbung" liegt hingegen vor, wenn der Wettbewerber seine eigenen Waren und Leistungen, ausdrücklich oder erkennbar, mit denen eines Mitbewerbers vergleicht, indem er die eigene Ware oder Leistung als besser oder billiger hinstellt.

Das Statut selbst beantwortet die Frage nicht, wann die direkte und persönliche oder unpersönliche und indirekte Rufverletzungshandlung unlauter ist.

433) FERNÁNDEZ-NOVOA hat dazu eine umfangreiche, übersichtliche Darstellung mit Rechtsvergleichen erarbeitet, 'La Publicidad de tono estrictamente personal', vgl. darin S. 118 und 128.

Allerdings ist sich die spanische Lehre einig, daß jede Art von 'publicidad personal', sei sie mit wahren oder unwahren Behauptungen geführt, unlauter und damit verboten ist ⁴³⁴⁾. Die Gründe dafür liegen, so folgert man richtig, darin, daß durch 'persönliche Werbung' der Ruf des anderen Mitbewerbers, auf den man Bezug nimmt, nicht "vor den Augen der Verbraucher auseinandergenommen" werden dürfe ⁴³⁵⁾.

Im übrigen, so FERNÁNDEZ-NOVOA ⁴³⁶⁾, gehe persönliche Werbung auf dem Wirtschaftswettbewerb völlig sachfremde Umstände ein, wecke dabei nur irrationale Überlegungen und Vorurteile der Verbraucher und stelle schließlich eine ungebührliche Einmischung in die Privatsphäre des Betroffenen dar.

Schließlich verstoße ein derartiges Vorgehen auch gegen die Normen des Anstands und der guten kaufmännischen Sitten, wie sie im letzten Teil des zweiten Absatzes des Art. 10 geregelt sind.

Die strikte Ablehnung der persönlichen Werbung durch die Lehre gilt für einen Teil derselben auch für den Fall vergleichender Werbung. Dabei befinden sich diese Autoren in bester Gesellschaft, da, bis auf die Regelung in Deutschland, in einer Reihe von europäischen Ländern dies ebenfalls - schon gesetzlich geregelt - so gehandhabt wird ⁴³⁷⁾.

434) So: CABANILLAS GALLAS, S. 45; GARRIGUES, S. 15; FERNÁNDEZ-NOVOA, La Publicidad de tono ..., S. 135.

435) So FERNÁNDEZ-NOVOA, La Publicidad de tono ..., S. 135.

436) Vgl. Fußn. 435).

437) Vgl. dazu ULMER-REIMER, Bd. I, S. 125 ff.; FRANCO, S. 93 ff.

Während GARRIGUES ⁴³⁸⁾ und CABANILLAS GALLAS ⁴³⁹⁾ mehr oder weniger - 'unter Bezugnahme auf KOHLER und sein Schlagwort: "Niemand kann Richter in eigener Sache sein, die Verbraucher sollen dies ausschließlich sein" - strikt jede vergleichende Werbung ablehnen und nur GARRIGUES ⁴⁴⁰⁾, allerdings ohne eine nähere Begründung zu liefern, diese erlaubt sein lassen will, wenn es sich um einen SYSTEMVERGLEICH oder ABWEHRVERGLEICH handelt, hat sich bislang lediglich FERNÁNDEZ-NOVOA ⁴⁴¹⁾ mit der Zulässigkeit vergleichender Werbung eingehender auseinandergesetzt.

In seiner 1968 verfaßten Abhandlung über den juristischen Gehalt von Werbungstatbeständen ⁴⁴²⁾ geht auch er zunächst davon aus, daß die vergleichende Werbung schlechthin unter die Fallgestaltung, der 'denigración' zu subsumieren sei ⁴⁴³⁾. In seiner Untersuchung über die Vergleichswerbung von Systemen (La comparación publicitaria de sistemas

438) In: Publicidad ..., S. 15.

439) In: Principios ..., S. 46.

440) In: Publicidad ..., S. 14.

441) 'La publicidad comparativa' in ADI 1977, S. 25 ff.; soweit vergleichende Werbung in Form von Systemvergleichen erfolgt, siehe ders. in: La comparación publicitaria de sistemas economicos, S. 31 ff.

442) La interpretacion ... in RDM 1968, a.a.O.

443) Fußn. 428, S. 22/23. Im wesentlichen dabei der Entscheidung des Jurado Central vom 3.2.67 und 16.6.67 folgend sowie der Auffassung ULMERS in seiner die EG-Staaten betreffenden Arbeit.

economicos) ⁴⁴⁴⁾ hält er bereits in Anlehnung an eine Entscheidung des Jurado Central vom 26. 1. 72 die Systemvergleichswerbung unter bestimmten Voraussetzungen, die sich nach den "Normen über anständige Gepflogenheiten und den guten, kaufmännischen Sitten" richten muß und nicht nach den Grundsätzen über die unlautere Anschwärzung, für zulässig. 1977 dann, insbesondere bedingt durch die umfassende, ausführliche Entscheidung des Jurado Central vom 4. 11. 1976, räumt er ein ⁴⁴⁵⁾, daß seine frühere Auffassung ⁴⁴⁶⁾ zu revidieren sei und vergleichende Werbung grundsätzlich zulässig sei, da das spanische E. Pub. sie nicht verbiete.

Weiterhin sei der Vergleich an bestimmten Erfordernissen zu messen, um erst dann das Prädikat unlauter oder nicht erhalten zu können.

Zunächst müsse - ausgehend von der These des Gesetzgebers, Werbung helfe, so Art. 10 Abs. 1, dem Verbraucher bei der Orientierung seiner Kaufwahl - nach den wechselseitigen Interessen der von der Werbung Betroffenen gefragt werden, wobei sich einwandfrei ein Überhang zugunsten des Verbrauchers ergebe ⁴⁴⁷⁾. Dabei war FERNÁNDEZ-NOVOA noch nicht bewußt, daß in der Verfassung später der Verbraucherschutz Verfassungsrang erhalten würde.

444) In: ADI, Tono I, 1974, S. 31 ff.

445) In: La publicidad comparativa, ADI, Tomo 4, 1977, S. 34, Fußn. 40.

446) Siehe Fußn. 443).

447) Ders., a.a.O., S. 53 und den dortigen Hinweisen, insbesondere auf die Entscheidung des Tribunal Supremo, Fußn. 134.

Weiterhin müsse daher grundsätzlich vergleichende Werbung als zulässig und damit lauter angesehen werden, wenn sie sich

- nach dem Grundsatz des Art. 8 E. Pub. auf wahre Angaben
- auf objektive Feststellungen mit bedeutsamen Angaben
- auf abgewogene und angemessene Kritik beschränke⁴⁴⁸⁾.

Jeder Verstoß gegen Art. 10 Abs. 2, letzter Satz, letzte Alternative, sei ein Verstoß gegen Anstand und gute Sitten.

Bei dieser Wertung der Regelung muß allerdings festgestellt werden, daß auch bei diesem spanischen Verfasser mehr die "Einsicht in das Ungenügen der individualrechtlichen Konzeption des Wettbewerbsrechts und die Ausrichtung auf eine "soziale Funktion", die die alte individualrechtliche Optik überwindet⁴⁴⁹⁾, Triebfeder zu dieser Einstellung war, und daß die Rechtsprechung noch Jahre brauchen wird, eine konstante Einordnung Fälle vergleichender Werbung zu vollziehen, wobei zu berücksichtigen sein wird, daß ein Eintritt Spaniens in die EG hier erneut ganz andere neue Probleme aufwerfen wird, Probleme, die im Bereich der Rechtsvergleichung, Praktikabilität und Durchsetzung von Verordnungen und Entscheidungen insbesondere im Kollisionsrecht zu suchen sein werden.

448) Ders., a.a.O., S. 57/58.

449) Dazu FRANCO, S. 108.

dd) Verstoß der Werbung gegen Anstand und gute Sitten

Art. 10, zweiter Absatz, letzte Variante - allgemein als Generalklausel angesehen - soll Auffangtatbestand sein, dann, wenn ein Tatbestand weder einen Fall des 'confusión' noch der 'denigración' darstellt. An den "normas de corrección y buenos usos mercantiles" werde letztlich jede Werbung zu messen sein, sie stellt die letzte Barriere für die Annahme lauterer Werbung dar ⁴⁵⁰⁾.

Läßt sich eine Werbungshandlung weder an einer der Fallvarianten des Art. 10 E. Pub. noch der 'Generalklausel' messen, so soll schließlich nach SÁNCHEZ CALERO ⁴⁵¹⁾ Art. 10 Abs. 2 PUI Anwendung finden, die nach entsprechenden Entscheidungen des Tribunal Supremo aufgrund entsprechenden Beitritt Spaniens Gesetzesrang zukomme und als Ergänzungsnorm insoweit dann Anwendung finde ⁴⁵²⁾.

450) In diesem Sinne DE LA CUESTA RUTE, S. 231 ff. Mangels konkreter Fallentscheidungen meint GARRIGUES, La publicidad, S. 19/20, unter diese Norm seien auch Fälle von Werbung z.B. der Ausnutzung von Gefühlen beim Verbraucher (la Publicidad que explota las pasiones del publico) oder Werbung mit Kundenfang mittels Geschenken (Publicidad que se hace mediante regalos a la clientela) zu zählen; siehe auch MARTIN OVIEDO, S. 48.

451) Las costumbres, S. 117, 120.

452) So auch FERNÁNDEZ-NOVOA, La interpretación S. 27 mit den dortigen Hinweisen.

FÜNFTER TEIL

Die Sanktionen und ihre Durchsetzung

I. Allgemeines

Oft sagen die Ausgestaltung von Klagearten und ein systematischer Aufbau von Sanktionen mehr über die Gesamtgestaltung eines wettbewerbsrechtlichen Schutzes aus als das materielle Recht. Insbesondere zeigt sich dabei, welchen Interessen dieser Schutz dienen soll.

Aus unserer bisherigen Darstellung des spanischen materiellen Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb ergab sich, daß der Gesetzgeber von 1902 bei der Abfassung der entsprechenden Vorschriften, Art. 131 - 144, im Prinzip eine Handlung unlauteren Wettbewerbs als Delikt - als Straftat - gegen das gewerbliche Eigentum im Rahmen des Individualschutzes, der ihm damals vorrangig erschien, konzipierte ⁴⁵³⁾. Zwar wurde mit Recht vom Schrifttum und der Lehre dabei darauf hingewiesen, daß - abgesehen von der Effizienz des Schutzes - man nicht mit einer Generalklausel und beispielhaften Fällen die denkbare Vielzahl von Fällen unlauteren Verhaltens in den Griff bekommen könne, eigentlich sei schon wegen des Grundsatzes "nulla poena sine lege" eine Anwendbarkeit ausgeschlossen.

Indessen, das Gesetz von 1902 ist nach wie vor in Kraft, also anzuwenden und geltendes Recht.

Im übrigen will auch der heutige Gesetzgeber trotz der Aufrufe des Schrifttums vom Strafrechtsschutz nicht abrücken, dies allerdings aus anderen Motiven als damals.

453) Siehe S. 65 - 67.

Im Entwurf des neuen spanischen Strafgesetzbuches von 1980 wird erneut der unlautere Wettbewerb als Delikt klassifiziert. Damals, 1902, sollten die "normas penales", wie die Art. 131 ff. überschrieben wurden, einen Konkurrenten davon abhalten, ein Gut des gewerblichen Eigentums sich anzueignen, zu verfälschen, sich den erworbenen Ruf des anderen anzueignen oder ihn zu zerstören mittels der in den Art. 131 und 132 ausgesprochenen "Competencia ilícita".

Heute - aufgrund anderer Rechtsauffassung und infolge eines entsprechenden verfassungsrechtlichen Zwanges und Auftrages ist der unlautere Wettbewerb ein Verstoß gegen den in der Verfassung von 1978 aufgestellten Grundsatz des "orden socio - económico" und damit eine Verletzung von Rechten, die die Verbraucher und damit die Allgemeinheit zu schützen bestimmt sind ⁴⁵⁴⁾.

Da ist die Rede von neuen "sozialen Realitäten", einem "politischen Wechsel" und damit verbunden einem "wirtschaftlichen Aufschwung" ⁴⁵⁵⁾.

Diese im wesentlichen durch die Verfassung abgesteckte marktwirtschaftliche Konzeption - mit allen ihren noch vorhandenen staatlichen Lenkungsmöglichkeiten und Einschränkungen ⁴⁵⁶⁾ - gilt es zu sichern, zu schützen.

Der Gesetzgeber war dabei erneut der Auffassung, der Código Penal könne dies nach wie vor am besten, solle nicht nur Individualinteressen schützen, son-

454) Vgl. dazu STAMPA BRAUN, S. 722 ff.

455) Ders., S. 659, 663.

456) BARBERO SANTOS, S. 148 ff.

dern habe diese Einzelinteressen übersteigende wirtschaftlichen Gemeinwerte zu schützen⁴⁵⁷⁾, um die Entwicklung des Landes zu fördern⁴⁵⁸⁾.

Schließlich seien auch ergänzende Spezialgesetze wie das von 1902 einzugliedern gewesen⁴⁵⁹⁾. Soweit unlauterer Wettbewerb in Form von Werbung im Sinne des E. Pub. in Rede steht, hatten wir bei der Untersuchung im vorhergehenden Teil der Arbeit schon festgestellt, daß beim Erlaß im Jahre 1964 schon ganz andere Schutzgedanken und Motive des Gesetzgebers bei der Formulierung und Ausgestaltung Pate gestanden haben. Die Sanktionen und ihre Durchsetzung - wie wir weiter unten nach sehen werden - haben daher auch einen ganz anderen Charakter.

Aber selbst bei der unlauteren Werbung - wo Spanien das erste und bislang auch einzige Land ist mit einer entsprechenden gesetzlichen Regelung - sieht der neue Strafgesetzentwurf von 1980 dann ein Strafdelikt mit einer nicht unerheblichen Strafdrohung - Art. 342 des Entwurfs - vor, wonach derjenige strafrechtlich verfolgt wird, der falsche Angaben über Produkte macht, die geeignet sind, beim Verbraucher einen schweren Irrtum zu erzeugen⁴⁶⁰⁾.

In dieser Vorschrift finden wir die Grundsätze der Art. 8 und 10 E. Pub. eingearbeitet. Weiterhin stellt sie eine fast wörtliche Wiederholung des

457) Ders., S. 151, 156.

458) STAMPA BRAUN, S. 663.

459) Ders. S. 664; CALDERÓN GONZÁLEZ, S. 74.

460) Vgl. dazu CALDERÓN GONZÁLEZ, S. 79.

Art. 132 Abs. d des Gesetzes von 1902 dar.

II. Strafrechtliche Verantwortlichkeit - Zivilrechtliche Haftung

Bevor wir uns im einzelnen den vorhandenen Sanktionen zuwenden, ist noch eine in Spanien - unserem Rechtssystem fremde - vorhandene Eigenart der Schadenswiedergutmachung darzustellen, die wie der Código Penal selbst Regelungstradition hat. Ohne den Nachweis dieser Regelung des Schadensausgleichs nach spanischem Zivil- und Strafrecht kann der Rechtsschutz nach Handlungen unlauteren Wettbewerbs insoweit nicht verstanden werden.

Im spanischen Strafgesetzbuch finden sich - eine historisch bedingte Eigenart des spanischen Rechts und seiner Rechtsquellen ⁴⁶¹⁾ - gekoppelt an eine Straftat, zivilrechtliche Haftpflichtregeln, die in den Art. 19 ff., 101 ff. Código Penal normiert sind ⁴⁶²⁾. Hat ein Strafgericht die strafrechtliche Verantwortlichkeit bejaht und den Täter bestraft, so greifen die Art. 19 ff., 101 ff. Código Penal durch. Unberücksichtigt bleibt dabei, ob der Straf- richter oder der Zivilrichter darüber befindet.

Dem Geschädigten selbst bleiben mehrere Wege offen, die Wiedergutmachung des Schadens zu betreiben. Er kann es dem Staatsanwalt nach Art. 108 Ley de Enjuiciamiento Criminal überlassen, zusammen mit der Straf- auch die Zivilklage zu erheben; er kann

461) Vgl. dazu die umfangreiche Darstellung von LOBEDANZ, S. 27 ff.

462) Siehe RODRIGUEZ DEVESA, S. 967 ff.

sich selbst als "actor civil" ⁴⁶³⁾ am Strafverfahren beteiligen; schließlich kann er aber auch erst nach Abschluß des Strafverfahrens seinerseits Schadensersatz vor dem Zivilrichter erheben. Insoweit besteht dann aber der Einwand der 'res iudicata' ⁴⁶⁴⁾.

Im spanischen Código Civil sind die Ansprüche, die aus einer nicht strafbaren unerlaubten Handlung resultieren, in den Art. 1902 - 1910 geregelt. Nach Art. 1093 Código Civil sind die Art. 1902 ff. jedoch nur anwendbar, wenn eine nicht strafbare unerlaubte Handlung vorliegt ⁴⁶⁵⁾. Nach Art. 1902, 1093 Código Civil ist bei nicht strafbaren unerlaubten Handlungen der verursachte Schaden zu ersetzen. Während die in den Art. 19 - 22 Código Penal begründete "responsabilidad civil" gem. Art. 101 neben der Rückerstattung (restitución) den Ersatz des verursachten Schadens (reparación del daño causado) und die Entschädigung der Nachteile (indemnización de perjuicios) umfaßt, unterscheidet der Código Civil nicht zwischen den drei Begriffen, in Art. 1902 Código Civil ist nur von "daño" die Rede, in Art. 1903 Abs. 2 - 4 Código Civil von "perjuicios" die Rede.

III. Strafrechtliche Sanktion nach dem Gesetz von 1902

Liegt eine Handlung unlauteren Wettbewerbs vor, so bestimmt Art. 139, daß der Täter eine (heute völlig unzureichende) Geldstrafe zahlt. Nach Art. 144 tritt

463) Vergleichbar mit unserer Nebenklage.

464) Einzelheiten dazu siehe bei LOBEDANZ.

465) Bei uns die Fälle der §§ 823 ff. BGB.

die Wiedergutmachung eines entstandenen Schadens oder von Beeinträchtigungen im oben beschriebenen Sinne akzessorisch hinzu.

Die Verfolgung überhaupt hängt vom Willen des Betroffenen ab. Dieser hat insoweit die Verfügungsgewalt über ein Verfahren; es bedarf eines entsprechenden Antrages ⁴⁶⁶⁾.

Zwar hatten wir schon an anderer Stelle die Frage angeschnitten, ob wegen Art. 7 des Código Penal, wonach diesem nicht die in Spezialgesetzen geregelten Delikte zuzuordnen sind, überhaupt strafrechtliche Grundsätze des Código Penal (einschließlich der Wiedergutmachung) auf die Art. 131 und 132 anzuwenden sind ⁴⁶⁷⁾. Diese Frage dürfte aber grundsätzlich dahingehend zu beantworten sein - mit der führenden Kommentarmeinung und der Neuregelung im Entwurf 1980 ⁴⁶⁸⁾ -, daß es sich um ein strafrechtliches Spezialgesetz handelt, das den vom Código Penal der Propiedad Industrial zugedachten Schutz erweitert und ausfüllt ⁴⁶⁹⁾. Art. 534 Código Penal, der Art. 7 Código Penal aufzuheben scheint, steht dem nicht entgegen, da er im Rahmen der Reform 1963 eingefügt wurde und nach seinem Wortlaut mit nicht unerheblichen Strafen denjenigen belegt, der Rechte des Propiedad Industrial verletzt ⁴⁷⁰⁾.

466) Vgl. S. 80.

467) Vgl. S. 83/84.

468) RODRIGUEZ DEVESA, S. 33/34 und 152; Entwurf 1980: Art. 16, ebenda, MUÑOZ CONDE, S. 265 ff.

469) RODRIGUEZ DEVESA, S. 152, wo ausdrücklich das Gesetz von 1902 zitiert ist.

470) Vgl. dazu MUÑOZ CONDE, S. 265 ff.

Diese aber - so hatten wir schon oben gesehen - sind nicht Bestandteil der Art. 131 und 132, diese Fälle bezogen sich bekanntlich auf nicht einmal registrierbare Rechte ⁴⁷¹⁾.

Der vom spanischen Gesetzgeber bislang normierte Strafrechtsschutz geht nach Art. 131 also lediglich vom Versuch aus, der darauf abzielt, sich ungebührlich die Vorteile, die ein anderer sich durch seinen Ruf erworben hat, anzueignen. Es kommt - strafrechtlich gesehen - also nicht auf einen konkreten Erfolg an, der Versuch und die Möglichkeit eines Schadenseintritts reicht für die Strafbarkeit aus. Hier dürften allerdings Abgrenzungsschwierigkeiten entstehen, mangels eines konkret eingetretenen Schadens ergibt sich schon aus der oben beschriebenen zweispurigen Wiedergutmachungssystematik kein Schadensersatz, folglich auch keine zivilrechtliche Sanktion.

IV. Zivilrechtliche Sanktionen nach dem Gesetz von 1902

Außer dem Hinweis in Art. 144 auf die Akzessorietät der Wiedergutmachung von Schäden und Beeinträchtigungen ⁴⁷²⁾ gibt es keine Vorschrift, die konkret einen Anspruch zivilrechtlicher Natur normiert oder einen klagbaren Anspruch etwa auf Unterlassung, Beseitigung oder ähnlichem zur Verfügung stellt. Daran ändert auch nichts, daß nach Meinung einiger Autoren die Art. 6 und 267 EPI Hinweise

471) Vgl. S. 108 mit dem dortigen Hinweis auf das Ausführungsgesetz von 1903.

472) Vgl. S. 89.

auf zivilrechtliche Verfahren gäben ⁴⁷³⁾ und insoweit beim unlauteren Wettbewerb nach den Art. 131 und 132 ein "cuasi-delito civil" vorläge ⁴⁷⁴⁾.

Die einzige Vorschrift, die hier aus diesem Dilemma heraushelfen kann, ist der vielzitierte Art. 1902 des Código Civil.

1. Tatbestandsmerkmale

Nach Art. 1902 Código Civil hat derjenige, der durch eine Handlung oder Unterlassen einem anderen Schaden zufügt, wobei dies schuldhaft oder fahrlässig geschehen kann, diesen Schaden zu ersetzen. "El que por acción o omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado" ⁴⁷⁵⁾.

a) acción - omisión

Art. 1902 soll - unserem § 823 BGB entsprechend - denjenigen zum Schadensersatz verpflichten, der ohne eine strafbare Handlung zu begehen, gegen außervertragliche, gesetzliche Regeln verstieß und so eine unerlaubte Handlung begangen hat.

Art. 1902 Código Civil wurde nicht als Schutzvorschrift für den unlauteren Wettbewerb konzipiert, folglich ist es nur schwer vorstellbar, daß ein Verstoß durch Unterlassen erfolgen könnte ⁴⁷⁶⁾.

473) Vgl. S. 88, 89 mit den dortigen Hinweisen; so auch schon DÍAZ VELASCO, RDM 6, 1946, S. 453 ff.

474) Vgl. S. 89 mit Fußn. 274.

475) Siehe RUIZ VADILLO, "Derecho Civil", S. 323 ff.

476) So VICENTE ALMELA, S. 69.

b) daño

Weitere Voraussetzung ist, daß ein daño, ein Schaden, durch die entsprechende Handlung oder das Unterlassen verursacht wurde.

Eine nähere gesetzliche Umschreibung, welche Art von Schaden ersetzbar ist, gibt es nicht ⁴⁷⁶⁾.

c) culpa o negligencia

Der Schaden muß auch schuldhaft oder fahrlässig verursacht worden sein, wobei zwischen Schaden und der Handlung oder dem Unterlassen Kausalität vorliegen muß. Schließlich darf zwischen beiden Parteien keine vertragliche Bindung bestehen ⁴⁷⁷⁾.

Der Anspruch auf Ersatz des Schadens ist bei den ordentlichen Gerichten geltend zu machen, Verjährung tritt nach Art. 1968 Ziff. 2 CC nach einem Jahr ein.

2. Zusammenfassung: Rechtsschutz nach Gesetz von 1902

Soweit eine unlautere Wettbewerbshandlung vorliegt - im Sinne der Art. 131, 132 LPI - wird vom spanischen Recht bislang kein ausreichender Rechtsschutz gewährt.

Abgesehen von der mangelnden Abschreckungswirkung, soweit die strafrechtliche Sanktion in Rede steht, und von ihrer völlig unbeachtlichen Strafe, gibt auch der in Art. 1902 CC normierte Schadenser-

476) Vgl. VICENTE ALMELA, S. 71; dazu auch LOBEDANZ, S. 35.

477) Einzelheiten dazu bei RUIZ VADILLO, S. 325/326; siehe auch FERNÁNDEZ RUIZ, "La acción ...", S. 254 ff.

satzanspruch keinen wirksamen Ausgleich für unlauter erworbene Vorteile oder einen unlauteren Angriff, da Maßnahmen wie einstweilige Anordnungen, Unterlassungs- und Beseitigungsklagen - in unserem Recht bestens erprobt - nicht vorhanden sind und so - wenn ein Schaden nicht oder noch nicht eingetreten oder nicht (schnell genug und sicher) nachweisbar ist - der Betroffene so gut wie keinen Rechtsschutz kurzfristig in Anspruch nehmen kann ⁴⁷⁸⁾. Das aber, so meint GIRON TENA schon 1955 zu Recht ⁴⁷⁹⁾, sei der einzige richtige und wirksame Schutz gegen den in Art. 131 des Gesetzes von 1902 vom Gesetzgeber beschriebenen Rechtsbruch. Der vom Gesetzgeber in Art. 131 beschriebene Tatbestand soll kein Delikt beschreiben, so führt er aus, da es mehr als verwunderlich wäre, daß ein Straftatbestand (lediglich) durch den Versuch seiner Verwirklichung verwirklicht würde. Dies ergebe schon ein Vergleich mit der Versuchsregelung in Art. 3 des Código Penal.

Insoweit habe der Gesetzgeber von 1902 nur eine Situation objektiver Gefährdung eines absoluten Rechts beschreiben wollen, einer Gefährdung, die schon beim Erkennen des ersten Schritts der Verwirklichung - dem Beginn des Versuchs (tentativa) - abzuwehren sei, wie es die Lehre bei anderen Rechtssystemen entwickelt habe ⁴⁸⁰⁾.

478) Darauf weisen schon SANCHEZ CALERO, "Las costumbres ...", S. 121, hin, insbesondere fehle eine "acción de inhibición" oder wie LUIS CARLON, "Contribución ...", S. 295, sie nennt "acción de abstención".

479) Estudio, S. 367.

480) Siehe TENA, S. 366, 367; nicht gefolgt werden kann ihm allerdings dann in der weiteren Folgerung, Art. 131 sei daher ein zivilrechtlicher Tatbestand, Art. 132 indessen nenne Straftatbestände.

V. Rechtsschutz nach dem E. Pub.

1. Allgemeines

Wie schon in Abs. 1 dieses Teils erwähnt, haben beim Erlaß des E. Pub. beim spanischen Gesetzgeber ganz andere Motive mitgewirkt, die sich auch in der Regelung des vom Gesetz angebotenen Rechtsschutzes niedergeschlagen haben.

So einzigartig wie das Gesetz selbst bei seinem Erlaß gegenüber anderen rechtlichen Regelungen von unlauteren Wettbewerbshandlungen erschien und auch heute noch ist, so eigenwillig ist auch die Ausgestaltung des Rechtsschutzes gegenüber dem unlauteren Werbeverhalten eines Konkurrenten oder Werbenden. Spanien hat insoweit ein System "sui generis" ⁴⁸¹⁾ geschaffen, das sowohl auf Verwaltungsebene als auch durch Einschaltung der ordentlichen Gerichte Möglichkeiten eröffnet, unlauterer Werbung entgegenzutreten.

2. Überwachung und Schutz durch die Verwaltung - la via administrativa

Zwei Institutionen - in deren Zuständigkeit jede Art von Verstoß gegen eines der Werbeprinzipien fällt - nehmen sozusagen die staatliche Wache über die Aktivitäten in der Werbung wahr, die JUNTA CENTRAL DE PUBLICIDAD, der die Funktion der Einleitung von Überprüfungsverfahren zufällt, und der JURADO DE LA PUBLICIDAD, einem Spruchkörper, der die Werbungstätigkeit nach ihrer Art und Weise einordnet, an den aufgestellten Prinzipien mißt und Entschlieûungen fällt ⁴⁸²⁾.

481) Vgl. dazu OTERO LASTRES, S. 122.

482) Siehe die umfangreiche Darstellung bei DE LA CUESTA RUTE, S. 243 ff.

Erstere Junta, ein im Ministerium für Tourismus und Information, dem heutigen Kultusministerium (vgl. Art. 60 EP) eingegliedertes Organ, hat die Aufgabe, die Einhaltung der aufgestellten Werbeprinzipien zu überwachen (Art. 67) und im Falle von Verstößen für die Einleitung eines Verfahrens vor dem JURADO zu sorgen Art. 67) ⁴⁸³⁾. Dies kann nach Art. 67 E. Pub. dabei aus eigener Initiative heraus geschehen oder wenn es drei "profesionales" verlangen oder durch eine entsprechende Anzeige fordern ⁴⁸⁴⁾.

Der Schutz des Verbrauchers bleibt dabei allerdings insoweit total auf der Strecke, als diese nur durch 3 Vertreter der Verbrauchervereinigungen repräsentiert sind und bei einer Anzahl von 87 Mitgliedern insgesamt ⁴⁸⁵⁾ überhaupt keinerlei Einflußnahme auf die Willensbildung zur Entscheidung über die Einleitung eines Verfahrens haben ⁴⁸⁶⁾.

Im JURADO, dem anderen Organ, gibt es keinen Vertreter der Verbraucher oder von deren Verbänden. Die Aufgabe des JURADO, in Art. 66 näher dargelegt, liegt, soweit dies hier von Interesse ist, in der Feststellung, ob Prinzipien des Statuts verletzt wurden und welche Sanktionsmaßnahmen verhängt werden, die nach Art. 67 in "correcciones consistentes en amonestaciones o en suspensión en el ejercicio

483) DE LA CUESTA RUTE, S. 245.

484) D.h., wenn 3 Werbefirmen, Werbetreibende, die ihre Firmen im Registro General de Publicidad eingetragen haben, einen Verstoß melden und dies anzeigen. Dazu OTERO LASTRES, S. 123, Fußn. 39.

485) Näheres dazu bei MARTIN OVIEDO, S. 199/200. DE LA CUESTA RUTE, S. 244.

486) In dem Sinne DE LA CUESTA RUTE, S. 244; OTERO LASTRES, S. 124, 125.

de la actividad, que no podran exceder de seis meses" bestehen können.

Bei Verstößen gegen die Prinzipien des Statuts besteht der JURADO aus 7 Köpfen, nach einem Ausleseverfahren ⁴⁸⁷⁾, in das so gut wie nie ein Verbraucher seinen Weg findet, vielmehr Privilegien den "profesionales" eröffnet, die wiederum eher geneigt sind, gewisse Formen unlauterer Werbung (ihrer Kollegen) zu tolerieren ⁴⁸⁸⁾.

Der administrative Weg vermag also - so sehen wir - dem Verbraucher, für den letztlich das E. Pub. gedacht ist, keinerlei Schutz bei unlauterer Werbung zu bieten, da ihm als gar nicht oder unangemessen vertretener Partei kein Initiativrecht zugeordnet ist.

Dasselbe gilt natürlich für den Mitbewerber, der durch unlautere Werbemaßnahmen einen direkten Schaden erleidet.

Insoweit ähnelt vom Ergebnis her das Verfahren vor JUNTA und JURADO den Maßnahmen, die der deutsche Werberat ⁴⁸⁹⁾ gegen unlautere Handlungen beschließt.

3. Rechtsschutz durch die Gerichte - La via judicial

a) Strafrechtlicher Schutz

Nach Art. 64 sind die ordentlichen Strafgerichte zuständig (la jurisdicción penal competente), soweit es sich um Delikte handelt, die bei der Aus-

487) Vgl. dazu MARTIN OVIEDO, S. 199 ff.; OTERO LASTRES, S. 124, 125.

488) Siehe OTERO LASTRES, S. 125, Fußn. 47 mit dortigem Zitat.

489) Diesen Hinweis bringt DE LA CUSTA RUTE, S. 244. Über die Aufgaben des Werberats in Deutschland vgl. Baumbach-Hefermehl, S. 157, 158 Rdz. 33.

übung der Werbetätigkeit begangen werden (los delitos que se cometan en el ejercicio de la actividad publicitaria). Insoweit tritt die nach Art. 64 E. Pub. mögliche Sanktion auf Verwaltungsebene zurück ⁴⁹⁰⁾. Der neue Strafgesetzentwurf sieht in Art. 342 (del delito publicitario) im Fall von "publicidad falaz" Gefängnisstrafen bis zu 24 Monaten vor, sollte er in Kraft treten; weiterhin wird die Veröffentlichung der Entscheidung erlaubt. Weitere unlautere Handlungen in der Werbung werden nach den Art. 343 - 346 bestraft ⁴⁹¹⁾.

b) Zivilrechtlicher Schutz

Obwohl schon gegebenenfalls der JURADO DE PUBLICIDAD durch ein entsprechendes Verfahren beteiligt war, kann nach Art. 65 E. Pub. bei einer Verletzung der Rechte des Marktmitbewerbers das ordentliche Zivilgericht entscheiden, da den Verwaltungsinstitutionen keine Sanktionsgewalt gegeben ist ⁴⁹²⁾.

Der Mitbewerber kann allerdings nicht - etwa mittels einer Unterlassungsklage, die für den Verbraucher überhaupt nicht vorgesehen ist - vorgehen ⁴⁹³⁾; soweit ein Schaden vorliegt, kann nach Art. 1902 CC vorgegangen werden ⁴⁹⁴⁾.

Die Schutzlosigkeit des Verbrauchers wird auch hier offenbar, solange jedenfalls, bis offiziell ihm

490) Vgl. im einzelnen dazu RUIZ VADILLO, "Naturaleza ...", S. 498 ff.

491) Vgl. STAMPA BRAUN, S. 724, 725.

492) Vgl. DE LA CUESTA RUTE, S. 254.

493) OTERO LASTRES, S. 126.

494) DE LA CUESTA RUTE, S. 257, 258.

oder seinen Verbänden eine Aktivlegitimation gesetzlich eingeräumt wird, eine in unserem Rechtssystem seit langem vorhandene Selbstverständlichkeit⁴⁹⁵⁾. Die ersten Schritte zu einer Verbesserung der Rechtsstellung des Verbrauchers wurden indirekt durch die vielbeachtete Entscheidung des Tribunal Supremo vom 2. 2. 1974 getan, in der dieser die Möglichkeit einer vor dem JURADO durchgeführten Unterlassungsklage einräumt⁴⁹⁶⁾. Auch der Beschluß des JURADO vom 24. 1. 1977, wonach im Zweifel zugunsten des Verbrauchers entschieden werden soll ("en caso de duda, debe inclinarse en favor del consumidor")⁴⁹⁷⁾, ist ein weiterer Meilenstein auf dem Weg zu einer Verbesserung der nunmehr verfassungsrechtlich geforderten Absicherung der Stellung der Verbraucher im Rahmen des 'orden socio - económico'.

4. Schutz vor unlauterem Wettbewerb im Rahmen freiwilliger Selbstkontrolle

a) Allgemeines

Obwohl man sagen kann, daß die Bundesrepublik auf dem Gebiet des Wettbewerbs- und Werberechts mit das wirkungsvollste Prozeßrecht hat⁴⁹⁸⁾ - spani-

495) In diesem Sinne OTERO LASTRES, S. 126.

496) Dazu FERNÁNDEZ-NOVOA, "la sujeción ...", ADI 1975, S. 369 ff.; OTERO LASTRES, S. 126; LEMA DEVESA, "En torno ...", ADI 1977, S. 315.

497) Siehe dazu OTERO LASTRES, S. 126; vgl. die Entschließung des JURADO im Wortlaut ADI 1978, S. 626 ff.

498) Dies ergibt sich aus der vergleichenden Untersuchung von ULMER für die Gründungsmitglieder der EWG im Auftrage des Max-Planck-Instituts aus dem Jahre 1965; dazu auch ALBRECHT, ZRP 1974, S. 32 ff.

sche Autoren erkennen dies, wie wir weiter oben gesehen haben, voller Neid an und verweisen auf die in Spanien bestehende "Lagune" -, andererseits Werbeaussagen unter den Schutz des Art. 5 GG fallen⁴⁹⁹⁾, und sie nur an der Generalklausel oder Spezialvorschriften des UWG gemessen werden, wurde dennoch zu Beginn der 70er Jahre der Ruf nach effektiverer Durchsetzungskontrolle laut, insbesondere im Rahmen eines geforderten stärkeren Verbraucherschutzes gegen die sog. "geheimen Verführer"⁵⁰⁰⁾. Überhaupt wurde Verbraucherschutz⁵⁰¹⁾ groß geschrieben. So war es nicht verwunderlich, daß einerseits im Rahmen und in Anlehnung an den von der Internationalen Handelskammer erarbeiteten Verhaltenskodex mehr Selbstkontrolle gefordert wurde - dies verständlicherweise von der Werbewirtschaft selbst⁵⁰²⁾, insbesondere um drohenden Beschränkungen durch den Gesetzgeber vorzubeugen. Denen, die ein Mehr an Werbekontrolle wollten, verbündeten sich mit einer - eventuell berechtigten - Skepsis gegenüber der Selbstkontrolle durch die Werbewirtschaft - dem Werberat - und dem Zentrallausschuß der deutschen Werbewirtschaft - waren die Beispiele Schwedens und der USA Anlaß, auch hier eine staatliche Kontrolle einzufüh-

499) BVerfG, Urteil vom 4.4.1967, NJW 1967, 976.

500) Siehe dazu die Übersicht von EIKE VON HIPPEL, in ZRP 1973, S. 177 ff. und die dortigen Literaturhinweise.

501) Siehe dazu die Arbeiten von SIMITIS, Verbraucherschutz ...;
SCHRICKER, GRUR Int. 1976, 315 ff.

502) Vgl. VON HIPPEL, ZRP 1973, S. 178; BRAND-MAIR, S. 187.

ren 503). Indessen wird man ALBRECHT 504) zustimmen müssen, daß die Entwicklung in beiden vorgenannten Ländern dadurch gefördert wurde, daß vergleichbare Regelungen im Werberecht fehlten und noch fehlen. Allerdings müßte auch hier sicher eine größere Einflußmöglichkeit des Verbrauchers und seiner Verbände geschaffen werden.

In Spanien hat es Entwicklungen ähnlicher Art gegeben, indessen war zuerst durch das E. Pub. von 1964 ein gesetzlicher Rahmen dafür abgesteckt worden, was Werbung sein soll und darf im Hinblick auf den consumidor, den Verbraucher. Parallel dazu hat sich eine Bewegung formiert, die - ausgehend von der Erkenntnis, die staatliche, im E. Pub. festgelegte Regelung, sei letztlich nicht zufriedenstellend - 1965 begann und über mehrere Institutionen dazu führte, daß am 17. 5. 1977 sich eine Aktiengesellschaft, "Autocontrol de la Publicidad, S.A." formierte 505).

b) Selbstdisziplin in der Werbung durch "Autocontrol de la Publicidad, S.A."

aa) Rechtliche Abgrenzung der 'autoregulación'

Aufgrund der spanischen Verfassung ist zunächst die Prüfung des rechtlichen Standorts der Selbstkontrolle vonnöten.

Gemessen an den Verfassungsgrundsätzen der Art. 38 und 51 der "Constitución", wobei ja Art. 51 dem

503) Vgl. die Darstellung von VON HIPPEL, Fußn. 502; im übrigen verweisen wir auf die umfassende Bearbeitung durch BRANDMAIR dazu und die umfangreiche Selbstdarstellung des Zentralausschusses der Werbewirtschaft (ZAW) "Werbung in Grenzen", 9. Aufl.

504) In ZRP 1974, S. 32 ff.

505) Umfassend dazu GÓMEZ SEGADÉ, José, in ADI 1981, S. 80, 82.

in den Gesetzesmotiven des E. Pub. angesprochenen Verbraucherschutz nun Verfassungsrang einräumt, läßt sich daher Werbung mit GÓMEZ SEGADÉ⁵⁰⁶⁾ nur so verstehen und einordnen: Werbung "ist eine Möglichkeit privater Wirtschaftsinitiative, geschützt durch Art. 38, aber zweierlei Grenzen unterworfen: Zum einen können in Übereinstimmung mit dem Allgemeininteresse nach den Art. 128 ff. Beschränkungen auferlegt werden; zum anderen kann sie sich nicht gegen die durch Art. 51 geschützten Interessen der Verbraucher stellen". Werbung zwischen diesen beiden Verfassungsgrenzen genießt darüber hinaus insoweit den Schutz des Art. 20 der Verfassung.

Die Selbstkontrolle verletzt auch nicht etwa das in Art. 117 der spanischen Verfassung geregelte Rechtsprechungsmonopol der Gerichte, da die Autocontrolorgane sich nicht auf dem Gebiet des Rechts, sondern aufgrund eigener Zielsetzung gemäß ihrer Statuten auf den ethischen Bereich der Werbung und Überprüfung beschränken⁵⁰⁷⁾.

Schließlich verstößt die Selbstkontrolle auch nicht - mangels bestehender Abhängigkeit vom staatlichen Einfluß - gegen das in Art. 20 der Verfassung normierte Zensurverbot; ebensowenig ist eine Kollision mit dem Regelwerk über wettbewerbsbeschränkende Praktiken ersichtlich⁵⁰⁸⁾.

506) Dazu GÓMEZ SEGADÉ, José, in ADI 1981, S. 55.

507) Ders., S. 56.

508) Ders., S. 57.

bb) Eigenschaften und Ziele der 'Autocontrol'

Die hier in Rede stehende 'Autocontrol' S.A. - in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft ⁵⁰⁹⁾ gegründet, eine private Einheit, ohne Gewinnziele, unabhängig von Verwaltungsaufsicht oder staatlicher Einflußnahme, hat sich aufgrund des Art. 2 des eigenen Statuts ⁵¹⁰⁾ folgende Hauptaufgabe gesetzt:

"Die Gesellschaft setzt sich für die Verwirklichung und Erfüllung der Wettbewerbsgesetzgebung, unterstützt durch die Verwaltung, sowie für die Anwendung der Verhaltensweisen im Wettbewerb, die die Internationale Handelskammer aufgestellt hat, ein und anderer Regeln, nach denen man sich richten kann. Weiterhin hat sie zum Ziel die Definition und Anwendung der übrigen ergänzenden ethischen Normen, nach denen sich die Werbung von Produkten, Marken und Dienstleistungen auf bestimmten Gebieten der Produktion und Kommerzialisierung auszurichten hat."

Dabei, so wird in Art. 3 desselben Statuts ausgeführt, wird sie sich allerdings nicht wie ein Schiedsrichter zwischen streitenden Parteien vermittelnd einschalten, insbesondere wenn es um widerstreitende Interessen geht, deren Lösung dem JURADO CENTRAL oder den ordentlichen Gerichten vorbehalten ist ⁵¹¹⁾.

Insoweit ergibt sich eine ganz klare tatsächliche Abgrenzung der Tätigkeiten der Autocontrol S.A.,

509) Vgl. dazu ausführlich GÓMEZ SEGADÉ, S. 61 ff.; grundsätzlich zur S.A. bei FISCHER/FISCHER, S. 85 ff.

510) Wortlaut bei GÓMEZ SEGADÉ, S. 84.

511) Ders., S. 84 Fußn. 168.

abgesehen von der rechtlichen, worauf auch schon DE LA CUESTA RUTE hinweist.

Subjektiv betrachtet kann tatsächlich nur ein effektiver Kontrollmechanismus erfolgen, soweit sich der Betroffene freiwillig dem Hinweis auf die Unlauterkeit seiner Maßnahme beugt. Objektiv gesehen kann (und will) Autocontrol S.A. nur im Vorfeld gesetzlicher Vorschriften oder in nicht geregelten (oder nicht regelbaren) Bereichen tätig werden ⁵¹²⁾.

Vor diesem aufgezeigten Hintergrund läßt sich die Arbeitsweise der Gesellschaft, worauf GÓMEZ SEGADÉ hinweist, in vier Grundsatzprinzipien einteilen:

a) Mit einer nach Art. 4 des Statuts unabhängigen, privatrechtlichen Organisation soll der Versuch unternommen werden, die Probleme der Werbekontrolle zu lösen, die die mangelhafte Staatskontrolle, aber auch Organisations- und Koordinierungsprobleme in Spanien bezüglich der im E. Pub. vorgesehenen Möglichkeiten verursacht haben ⁵¹³⁾.

b) Die Zugehörigkeit zur Gesellschaft ist freiwillig. Wer sich ihr anschließt, unterwirft sich damit auch dem propagierten Ziel der Einhaltung der werberechtlichen gesetzlichen und ethischen, nationalen und internationalen Vorschriften.

Insoweit darf man daher Autocontrol S.A. einen hohen Standard sozialer Verantwortlichkeit bei-

512) DE LA CUESTA RUTE, S. 265.

513) A.a.O., S. 82/83.

messen 514).

Dieser Aspekt erhält besondere Bedeutung, wenn wir uns an dieser Stelle noch einmal vergegenwärtigen, daß die spanische Verfassung dem 'orden socio-económico' ganz besonderes Gewicht beimißt.

c) Damit ist auch gleichzeitig der dritte wichtige Gesichtspunkt aufgezeigt, auf den es bei Autocontrol S.A. ankommt: Einhaltung der ethischen Grundsätze und Normen bei einer Vielzahl von verschiedensten Werbemaßnahmen, als da sind: Werbung für alkoholische Getränke, für Kinderartikel, kosmetische Artikel usw.

c) Schließlich bedeutet die Mitgliedschaft auch die Annahme und Unterwerfung unter die Entscheidungen und Sanktionen der COMISIÓN JURÍDICA, dem, nach Art. 34 Nr. 2 des eigenen Statuts, "Spruchkörper" der S.A. 515).

Diese kann verwarnen (amonestación), zur sofortigen Unterlassung der entsprechenden Werbemaßnahme auffordern (cesación definitiva de la publicidad) oder gegen den einen Verstoß begehenden

514) Dies sieht DE LA CUESTA RUTE, S. 264, als funktionale Voraussetzung für jede Art von Selbstkontrolle an. Vgl. dazu auch REICH, in ZRP 1974, S. 191, der Wettbewerb nicht nur als "sich selbstregulierenden, rechtlich geschützten Entdeckungsprozeß" begreift, sondern ihn als "eine öffentliche, rechtlich geregelte Veranstaltung zur Erreichung bestimmter sozial-ökonomischer Funktionen" verstanden wissen will.

515) Zum Verwaltungsaufbau der Autocontrol S.A. und dem hier genannten Organ siehe GÓMEZ SEGADÉ, S. 86 ff.

Werbenden vor den ordentlichen Gerichten und der Administración Pública klagen.

cc) Auswirkungen auf den Schutz des Verbrauchers
und des Unternehmers

Ausgehend von der Tatsache, daß im spanischen Wettbewerbsrecht bislang eine echte Unterlassungsklage gesetzlich nicht normiert ist, bietet das Verfahren bei Autocontrol S.A. dem Unternehmer ein schnelleres und flexibleres Verfahren, sich gegen Unlauterkeit zur Wehr zu setzen. Aber auch dem Verbraucher, der auch hier nicht im Spruchkörper vertreten ist, kommt nicht nur über die Kontrolle von Werbeverstößen eine Wertverbesserung der Werbung und damit eine größere Markttransparenz zu Gute. Er ist selbst berechtigt, jede täuschende oder unlautere Werbemaßnahme bei Autocontrol S.A. anzuzeigen ⁵¹⁶⁾. Ob diese Möglichkeit künftig dem Verbraucher ein echtes Instrument der Gegenwehr bietet oder bieten kann, werden die weiteren Tätigkeitsberichte zeigen.

Inzwischen ist in weiterer "Erfüllung des Verfassungsauftrages gem. Art. 51" im Herbst 1981, am 25. 9. 1981 veröffentlicht, in den CORTES der "Entwurf eines Verbrauchergesetzes" (Proyecto de Ley del Consumidor) eingebracht worden ⁵¹⁷⁾, das aber wohl auch nicht so bahnbrechende Neuerungen vorsieht, als daß nunmehr jeder einzelne Verbraucher berechtigt wäre, selbst und ohne Schutz oder Mithilfe eines Verbandes jede Art von unlauterer Wer-

516) Siehe GÓMEZ SEGADÉ, S. 85.

517) Siehe die Kurzbesprechung von GÓMEZ SEGADÉ, La protección ..., S. 471.

bung oder Wettbewerbs anzugreifen. Indessen zeigt auch diese gesetzgeberische Aktivität erneut, daß in Spanien in immer kürzeren Abständen das Thema des Verbraucherschutzes und der Einbindung des Verbrauchers im Staat und seiner Wirtschaft, seiner Stellung auf dem Markt und im Verhältnis zum Anbieter überprüft und der Versuch unternommen wird, durch staatliche oder private Maßnahmen den Wettbewerb und die mit ihm untrennbar verbundene Werbung im Hinblick auf deren nicht nur private Auswirkungen, sondern sozial-ökonomischen Funktionen in den Griff zu bekommen.

SECHSTER TEIL

Zusammenfassung und Ergebnis der Untersuchung

I. Unlauterer Wettbewerb nach spanischem Recht

Die Untersuchung der Rechtsentwicklung in Spanien hat gezeigt, daß, bedingt durch die wirtschaftlichen und staatsrechtlichen Gegebenheiten, Wettbewerb nach allgemeinverbindlicher Vorstellung erst von den 60er Jahren ab anzutreffen ist. Bedingt dadurch, aber auch aufgrund der Tatsache, daß der spanische Gesetzgeber mehr oder weniger bis zum Erlaß der Verfassung im Jahre 1978, den Verbraucherschutz nicht offiziell und umfassend als regelungsbedürftig und den Schutz gegen unlauteren Wettbewerb als zum Immaterialgüterrecht gehörend angesehen hatte, fehlt eine umfassende Gesamtkodifizierung unlauterer Wettbewerbsstatbestände. Statt dessen gibt es Einzelgesetze, die jeweils aufgrund verschiedener gesetzgeberischer Motivation und Veranlassung geschaffen wurden, wobei speziell beim Gesetz von 1902 zu sagen ist, daß noch nicht einmal eine konkrete Zuordnung der Tatbestände der Art. 131, 132

zum Straf- oder Zivilrecht möglich ist. Dabei läßt sich feststellen, daß insbesondere das Sanktionsrecht keinen ausreichenden Schutz bieten kann und konnte.

Vor dem Hintergrund des bevorstehenden Beitritts Spaniens zur EG wäre an sich zu erwarten, daß Bestrebungen erkennbar werden, die auf eine Rechtsangleichung an in den übrigen EG-Staaten vorhandene Vorschriften schließen lassen, wobei eine Rezeption der in jedem Land sich als wirkungsvoll herausgestellten Regelungsteile denkbar wäre oder die Neuschöpfung eines Gesamtkodex, der sämtliche landeseigenen wie überregional auf europäischer Ebene regelungsbedürftigen Sachverhalte umfassen sollte, wie sie beispielsweise im Rahmen der EG-Harmonisierungsbestrebungen diskutiert werden. Indessen zeigt sich bislang ein derartiges Vorgehen nicht. Zunächst weist der besprochene Strafgesetzentwurf den Willen auf, über die Ahndung durch Strafvorschriften Kernbereiche der (unlauteren) Werbung im Wege staatlicher Kontrolle im Rahmen des durch die Verfassung vorgegebenen 'orden socio-económico' zu lenken und zu beeinflussen. Ob dieser Entwurf als Gesetz erlassen wird, ob es in der Lage sein wird, unlauteren Wettbewerb zu verhindern, Anbieter und Verbraucher zu schützen, bleibt abzuwarten. Die staatliche Kontrolle insoweit und ein eventuelles Mehr an ähnlichen Regelungen wird dabei durch die Selbstkontrollorgane verhindert werden können, wenn es ihnen gelingt, durch lauterer Wettbewerb und damit auch lautere Werbung für größere Markttransparenz zu sorgen; wenn es den Verbraucherorganisationen gelingt, als Pendant zur Werbung einen "informierten Verbraucher mit mög-

lichst großer Marktübersicht" ⁵¹⁸⁾ heranzuziehen.

II. Rechtsanwendung und Kollisionsrecht

Spanien wird sich schon jetzt - ein Beitritt zur EG als sicher unterstellt - darauf einzustellen haben, daß im Rahmen der vielen Versuche einer Harmonisierung des Wettbewerbsrechts in der EG ⁵¹⁹⁾ eines Tages zu fordern sein wird, daß insbesondere praktikabler und vor allem einstweiliger Rechtsschutz angeboten wird. Bislang bietet nämlich weder das im Código Civil noch im Código de Comercio angebotene Kollisionsrecht, noch das IPR ⁵²⁰⁾ ausreichenden Schutz, schon gar nicht das bislang vorhandene materielle Recht.

Unterstellt, auf spanischem Boden treten demnächst 2 Mitbewerber in Konkurrenz unter Einsatz unlauterer Wettbewerbsmethoden, so wäre nach neuester Rechtsprechung zum internationalen Wettbewerbsrecht des BGH ⁵²¹⁾ der "Ort, an dem die wettbewerbsrechtlichen Interessen aufeinanderstoßen (Deliktsstatus)", maßgebend. Es könnte dann dahin kommen, erlangt der Strafgesetzentwurf Rechtskraft, daß einer der Mitbewerber ins Gefängnis kommt, da dies z.B. nach Art. 342 CO (Entwurf) so geregelt wäre.

Der spanische Mitbewerber indessen, nach Öffnung der Grenzen mit seiner Ware am Wettbewerbsverfahren in Deutschland beteiligt, hätte gegen einen deutschen Mitkonkurrenten die breite Palette der

518) ALBRECHT, S. 34.

519) Vgl. dazu die Darstellung von LEMA DEVESA, ADI 1977, S. 601 ff. und ADI 1979/80, S. 75 ff.

520) Vgl. dazu FISCHER/FISCHER, S. 273 ff.

521) BGH 11.3.82, in JPRAX 83, S. 103.

materiellen und verfahrensrechtlichen Möglichkeiten der Abwehr unlauteren Handels zur Auswahl.

Schon dieser einfache Vergleich zeigt, daß große Unwägbarkeiten, aber auch Ungleichbehandlung und damit Ungerechtigkeit zu erwarten wären, gegebenenfalls aber auch Spanien mangels effektiven Schutzes vor unlauterem Wettbewerb zum Versuch, unlauteres Wettbewerbsinstrumentarium einzusetzen, geradezu einladen würde.

Schließlich müßte auch das Anerkennungsverfahren ausländischer Urteile verbessert werden ⁵²²⁾, insbesondere um die Durchsetzung von Entscheidungen gegen den ausländischen Mitbewerber zu gewährleisten.

522) Dazu FISCHER/FISCHER, S. 284 ff. Vgl. dazu allerdings das bislang noch nicht ratifizierte deutsch-spanische Anerkennungs- und Vollstreckungsabkommen vom 14.11.83.

Lebenslauf

Am 8. Mai 1942 wurde ich, Uwe Volker Krömer, in Breslau als einziges Kind des Sparkassenverbands-revisors Ewald Krömer und seiner Ehefrau Johanna, geb. Clausen, geboren.

Ich besuchte von 1948 - 1949 in Nordhorn, danach von 1950 - 1952 in Stuttgart die Grundschule, weiterhin bis 1957 in Stuttgart das Eberhard-Ludwig-Gymnasium, nach erneutem Umzug von 1957 - 1961 das Schlaungymnasium in Münster und absolvierte 1963 das Abitur am Canisianum in Lüdinghausen.

Im Sommersemester 1963 begann ich an der Westfälischen Wilhelms-Universität zunächst mit dem Studium der Betriebswirtschaftslehre, ab dem Sommersemester 1964 wechselte ich zum Jurastudium, das ich im Jahre 1970 mit der Ersten Juristischen Staatsprüfung abschloß.

Während meiner anschließenden Referendarzeit von 1970 - 1974 bekam ich durch die Familie meiner Frau Kontakt zu Herrn Professor Dr. Erich Kordt, Botschaftsrat a.D. und ordentlicher Professor in Köln. Dieser veranlaßte mich entscheidend - aufgrund seiner langjährigen Kenntnis des iberischen Raumes und unter Berücksichtigung meiner Sprachkenntnisse - das Thema der vorliegenden Dissertation zu wählen.

Ich nutzte Beurlaubungen zu Aufenthalten in Zaragoza, Barcelona, Madrid und Bilbao, wo ich bei namhaften Kollegen reges Interesse gerade im Hinblick auf den Beitritt Spaniens zur EG vorfand.

Im Dezember 1974 legte ich die Zweite Juristische Staatsprüfung ab. Seit dem 25. Januar 1975 bin ich selbständiger Rechtsanwalt in Münster.

